



REVISTA DA AGU

15 Anos

Colaboradores:

- Aldemário Araújo Castro
- Alexandre Alves Feitosa
- Bernardo Alves da Silva Júnior
- Grace Maria Fernandes Mendonça
- Henrique Tróccoli Júnior
- José Evaldo Bento Matos Júnior
- Luís Carlos Martins Alves Jr
- Luís de Freitas Júnior
- Luiz Antonio Miranda Amorim Silva
- Matheus Rocha Avelar
- Paulstein Aureliano de Almeida
- Raphael Diógenes Serafim Vieira
- Raul Murilo Fonseca Lima
- Renata de Queiroga e Melo Farias
- Ronaldo Jorge Araujo Viera Júnior

15

REVISTA DA
AGU

ANO VII N° 15 - MARÇO DE 2008 - Brasília - DF

Revista da AGU

Escola da Advocacia Geral da União

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 4009-3970 e 4009-3968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro José Antonio Dias Toffoli

DIRETOR DA ESCOLA DA AGU
Mauro Luciano Hauschild

COORDENADORA-GERAL
Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA REVISTA DA AGU
Maria Rosa Guimarães Loula
Mauro Luciano Hauschild
Juliana Sahione Mayrink Neiva

CONSELHO EDITORIAL

Membros Efetivos: Evandro Costa Gama - Substituto do AGU
Jefferson Carlos Carús Guedes - Procurador-Geral da União
João Ernesto Aragonés Vianna - Procurador-Geral Federal
Luís Inácio Lucena Adams - Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Viera Junior - Consultor-Geral da União
Aldemário Araújo Castro - Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça - Secretária-Geral do Contencioso
Mauro Luciano Hauschild - Diretor da Escola da AGU.

Membros Executivos: Arnaldo Godoy, Antônio de Moura Borges, Denise Lucena Cavalcante, Fabiano André de Souza Mendonça, Regina Linden Ruaro, José Tadeu Neves Xavier, Fernando Boiteux, Francisco Humberto Cunha Filho, Sérgio Augusto Pavani, Sarizza Sampaio Silva, Marcelo Ferés, Maria Rosa Guimarães Loula.

Membros Eletivos - Alexandre Bernardino Costa, Carlos José de Souza Guimarães, Daniela Ferreira Marques, Kaline Davi e Sueli Valentin Moro Miguel

Secretaria Editorial	Antonio Barbosa da Silva
	Niuza Gomes Barbosa de Lima
Diagramação	Niuza Gomes Barbosa de Lima
Revisão	Edna Santos de Lima
	André Flávio da Silva Oliveira
Capa	Fabiana Marangoni Costa do Amaral

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União

Ano VII – Número 15 - Brasília, março de 2008

Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035

1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.03
CDU 342(05)

ÍNDICE

Apresentação	5
Editorial	7
ARTIGOS	
A Advocacia Pública como Instrumento do Estado Brasileiro no Controle da Juridicidade dos Atos da Administração Pública <i>Aldemário Araújo Castro</i>	9
Responsabilidade do Estado por Ação ou Omissão Legislativa <i>Alexandre Alves Feitosa</i>	17
A Prescrição e o seu Conhecimento <i>Ex Officio</i> <i>Bernardo Alves da Silva Júnior</i>	67
Constitucionalidade do Art. 16, § 2º., da Lei N. 8.213, de 24.7.1991 com Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997 <i>Henrique Tróccoli Júnior</i>	81
A Nova Redação do § Único do Art.876 da CLT e sua Aplicação Imediata <i>José Evaldo Bento Matos Júnior</i>	95
A Supremacia Normativa das Decisões Constitucionais do STF e o Princípio da Instrumentalidade do Processo <i>Luís Carlos Martins Alves Jr.</i>	103
Hermenêutica Constitucional da Posse Indígena <i>Luís de Freitas Júnior</i>	129
As <i>Astreintes</i> e a Improcedência da Demanda <i>Luiz Antonio Miranda Amorim Silva</i>	149
Medidas Provisórias <i>Matheus Rocha Avelar</i>	169
Natureza Jurídica dos Tribunais de Contas, no Brasil <i>Paulstein Aureliano de Almeida</i>	201
Embargos à Execução Interpostos pela Fazenda Pública: Constitucionalidade da Ampliação do Prazo para 30 (Trinta) Dias – Questões Práticas <i>Raphael Diógenes Serafim Vieira</i>	213

Relativização da Coisa Julgada e a Segurança Jurídica à Luz do Princípio da Concordância Prática. <i>Raul Murilo Fonseca Lima</i>	229
Educação Corporativa e os Servidores: A Experiência de Pernambuco <i>Renata de Queiroga e Melo Farias</i>	237
JURISPRUDÊNCIA	
Súmula Vinculante <i>Grace Maria Fernandes Mendonça</i>	263
PARECER	
Anistiados do Governo Collor <i>Ronaldo Jorge Araujo Viera Junior</i>	267

APRESENTAÇÃO

A edição de número 15 da Revista da AGU, correspondente ao primeiro trimestre do ano de 2008, vem a público. Conforme havia sido previsto na edição anterior, a partir de 2008, a Revista da AGU ganha ampliação em sua estrutura, com melhorias que vão desde a modificação da capa até a nomeação de um robusto Conselho Editorial composto pelos dirigentes da Advocacia-Geral da União e por membros das suas carreiras, com reconhecida titulação acadêmica.

Essas modificações refletem o cuidado e a dedicação que a Advocacia-Geral da União apresenta com seu maior veículo de comunicação e divulgação de conteúdo, gerado por seus próprios membros e dirigido a toda a comunidade jurídica, bem como à academia.

Todas as modificações têm o único propósito de sedimentar a Revista da AGU como o foro adequado ao debate dos mais diversos temas afetos à defesa do interesse público, servindo de campo onde tanto o conhecimento técnico-jurídico se beneficia da teoria quanto o inverso ocorre, e a teoria se enriquece ao se debruçar sobre a prática do advogado público federal.

Mais uma vez é de se destacar nesta edição, o amplo espectro de variados temas dos artigos aqui presentes, com a participação de eméritos articulistas das três carreiras da Advocacia-Geral da União.

José Antonio Dias Toffoli
Advogado-Geral da União

EDITORIAL

UMA REVISTA FORTE DE CARREIRAS FORTES

As alterações da Revista da AGU, em sua edição nº 15, que coincide com a comemoração dos 15 anos da Advocacia-Geral da União, vêm introduzir modificações qualitativas de forma e de conteúdo. Essas alterações objetivam a consolidação desse instrumento como o maior e melhor meio de disseminação de teses, opiniões, críticas e reflexões dos membros da nossa instituição.

Busca-se a legitimação da Revista como a voz da AGU, retirando sua sustentação dos seus próprios membros. Por isso, amplia-se o Conselho Editorial que agora será composto pelos seus dirigentes máximos, por Doutores em Direito, acadêmicos das carreiras jurídicas da AGU e também por aqueles que desejam participar do movimento democrático e plural de elaboração da Revista da AGU.

Este é o foro adequado ao embate de ideologias, filosofias e teses técnico-jurídicas da AGU. Não pretende instituir o pensamento único. Muito ao contrário, a Revista pretende espelhar a pluralidade e a diversidade, características marcantes de carreiras fortes.

A ADVOCACIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DO ESTADO BRASILEIRO NO CONTROLE DA JURIDICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Aldemario Araujo Castro, Procurador da Fazenda Nacional; Corregedor-Geral da Advocacia da União; Professor da Universidade Católica de Brasília – UCB, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Modernidade e a insuficiência dos instrumentos clássicos ou tradicionais de controle da atuação da Administração Pública; 3 A Advocacia Pública como instrumento de controle das ações do Poder Público; 4 As garantias e as prerrogativas dos Advogados Públicos; 5 O controle do controle: as corregedorias; 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O tema sugere uma indagação inicial: é adequado ou pertinente tratar a Advocacia Pública como instância ou instrumento de controle da juridicidade dos atos da Administração Pública?

Se controle significa aferição de regularidade ou, em outras palavras, verificação de conformidade da conduta analisada com certos padrões previamente estabelecidos, não há como esquecer da Advocacia Pública nessa discussão. Não restam dúvidas que a Advocacia Pública realiza, na essência das suas atribuições, uma análise da conformação de atos específicos aos ditames da ordem jurídica.²

A rigor, a temática não é nova.³ Embora só recentemente passou a ocupar mais “espaço” nas reflexões doutrinárias. Registre-se que existem razões significativas para o relativo “esquecimento” do papel de controle a ser desempenhado pela Advocacia Pública.

2 O exercício do controle suscita, pelo menos, duas questões cruciais: a) a correção do desvio identificado; e b) a punição a ser aplicada ao agente causador ou responsável pelo desvio. Tais enfoques não serão tratados nessa singela reflexão. A abordagem realizada se fixará no “núcleo” da problemática, no controle em si, realizado pela Advocacia Pública.

3 Na linha da preocupação antiga com o papel de controle da Advocacia Pública, notadamente no plano administrativo federal, pode ser observado o disposto no art. 10, inciso XIII, do Decreto-Lei n. 147, de 1967 (Lei Orgânica da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional). A norma possui o seguinte formato: “Ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional compete: zelar pela fiel observância e aplicação das leis, decretos e regulamentos, especialmente em matéria pertinente à Fazenda Nacional, representando ao Ministro sempre que tiver conhecimento da sua inobservância ou inexacta aplicação, podendo, para esse fim, proceder a diligências, requisitar elementos ou solicitar informações a todos os órgãos, do Ministério da Fazenda ou a êle subordinados ou vinculados, bem como a qualquer órgão da Administração direta ou autárquica”. Vale ressaltar que a regra em questão encontra-se repetida, em termos, na competência dos Procuradores da Fazenda Nacional de uma forma geral.

2 A MODERNIDADE E A INSUFICIÊNCIA DOS INSTRUMENTOS CLÁSSICOS OU TRADICIONAIS DE CONTROLE DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O pensamento político liberal construiu um importante instrumento de controle da atuação estatal: o sistema de freios e contrapesos próprio da divisão dos poderes - ou funções. Admitiu-se, durante considerável período histórico, a suficiência do modelo idealizado, notadamente para conter abusos e desvios no seio do Poder Público.

Ocorre que a crescente complexidade da vida econômica, política e social, inclusive com o alargamento do papel e do “tamanho” do Estado, decretou a insuficiência dos instrumentos clássicos ou tradicionais de controle da vida democrática dentro e fora do Poder Público, em particular o aludido sistema de freios e contrapesos.

A consciência, cada vez mais presente, da necessidade de controles mais efetivos sobre as ações multifacetadas do Poder Público importou na construção de importantes instituições nas últimas décadas. Os exemplos mais eloqüentes desse processo são:

- a) As Cortes de Contas;
- b) O Ministério Público;
- c) Os sistemas de Controle Interno;
- d) A Advocacia Pública.

Trata-se de um fenômeno contemporâneo caracterizado pela multiplicação de órgãos constitucionalmente autônomos com nítidas funções de controle, uma verdadeira pluralização de centros de poder para tornar mais eficientes os controles recíprocos no exercício das funções públicas.

De todas as instituições enumeradas, a Advocacia Pública é aquela com menos visibilidade como instância de controle. As razões são as mais variadas. Entre outras, podemos enumerar: a) a visão arraigada da “advocacia dos governos”, ou pior, a “advocacia dos governantes”; e b) a “menoridade” institucional. Sublinhe-se que a Advocacia-Geral da União (AGU) não contabiliza sequer quinze anos de funcionamento.

3 A ADVOCACIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DAS AÇÕES DO PODER PÚBLICO

O controle exercido pela Advocacia Pública presente nas atividades de consultoria e de assessoramento jurídico é mais evidente. Trata-se, por excelência, da aferição de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos, de uma forma geral, e das políticas públicas em particular.

Já o controle na atividade contenciosa é menos visível. Entretanto, está igualmente presente e é tão importante quanto aquele observado nas atividades de consultoria e de assessoramento.

Eis alguns dos mais importantes e contundentes instrumentos de controle manuseados na atividade contenciosa: a) ação de improbidade (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 - art. 17, caput e parágrafo terceiro); b) ação civil pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 - art. 5o., caput e parágrafo segundo) e c) ação popular (Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 - art. 6o., parágrafo terceiro).²

Destaque especial deve ser dado para o “olhar” de controle sobre o ato administrativo ilegal atacado em juízo. Existe, nessa seara, um imenso espaço para aperfeiçoar a ação da Advocacia Pública como instrumento de controle. Primeiro, é preciso superar as equivocadas visões arraigadas na linha da defesa “a todo custo” ou da defesa “contra tudo e contra todos”. Ademais, nesse campo, a Advocacia Pública pode contribuir de forma decisiva para a redução dos níveis de litigiosidade que chegam ao Poder Judiciário.

Importa consignar, com a ênfase devida, a missão fundamental da Advocacia Pública: sustentar e aperfeiçoar o Estado Democrático

2 No âmbito da Advocacia-Geral da União observa-se uma atenção especial para com o tema. Num primeiro momento, o Procurador-Geral da União, Advogado da União Luís Henrique Martins dos Anjos, por intermédio da Ordem de Serviço nº 27, de 29 de maio de 2007, delegou, com algumas exceções, “aos Procuradores-Regionais e Procuradores-Chefes da União nos Estados a atribuição de decidir sobre a intervenção ou não da União nas ações civis públicas, populares e de improbidade administrativa, nas quais a União seja intimada ou de que tome conhecimento no âmbito do Estado-Membro em que está sediada a respectiva Procuradoria”. Num segundo momento, essa última definição foi inserida no Ato Regimental nº 7, de 11 de outubro de 2007, do Advogado-Geral da União, Ministro José Antônio Dias Toffoli, juntamente com a criação do Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa. “O departamento cuidará especificamente das ações que envolvam a recuperação de verbas desviadas irregularmente das contas públicas, em razão de atos de improbidade, corrupção e fraude. O objetivo é atuar de maneira pró-ativa na proposição de ações judiciais.” (conforme notícia veiculada pela Assessoria de Comunicação Social da AGU).

de Direito (interesse público primário). Isso significa que a defesa do interesse público secundário, meramente patrimonial ou financeiro, pressupõe compatibilidade com o interesse público primário. O conflito inconciliável entre as duas manifestações do interesse público resolve-se, com afastamento do secundário, em favor do primário.³

Um dos mais significativos exemplos do papel de guardião da juridicidade exercido pela Advocacia Pública pode ser observado no controle administrativo de legalidade, para fins de inscrição de débito em Dívida Ativa. Trata-se de uma atividade pautada pelo interesse público primário. Com efeito, o crédito do Poder Público poderá ter seu registro negado, por vícios jurídicos identificados, com claro e direto prejuízo pecuniário para o Erário. Ademais, tais atividades não se enquadram nas vertentes tradicionais de atuação da Advocacia Pública (consultoria, assessoramento ou contencioso).

É possível afirmar, sem dúvidas ou receios: o mais eficiente controle de juridicidade da Administração Pública pode estar, se provida dos meios necessários, na Advocacia Pública. Indaga-se, quem, além da Advocacia Pública, consegue, por exemplo, evitar ou se antecipar ao desvio ou abuso administrativo?

4 AS GARANTIAS E AS PRERROGATIVAS DOS ADVOGADOS PÚBLICOS

A fixação de garantias e prerrogativas para o exercício das atividades da Advocacia Pública não surge como uma outorga de favores ou privilégios inaceitáveis, particularmente quando se observa a sua nobre missão de sustentar e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito, zelando pela incolumidade dos interesses públicos primários.

Afinal, a possibilidade efetiva de contrariar interesses os mais diversos, desde aqueles dos governantes do momento até poderosas manifestações econômicas privadas, reclama a existência

³ “Com efeito, o dever precípua cometido aos Advogados e Procuradores de qualquer das entidades estatais é o de sustentar e de aperfeiçoar a ordem jurídica, embora secundariamente, e sem jamais contrariar essa primeira diretriz constitucional, possam esses agentes atuar em outras missões de natureza jurídica ou administrativa voltadas às atividades-meio, como aquelas que se desenvolvem em sustentação às medidas governamentais, à assessoria jurídica, à direção de corpos jurídicos etc. Mas é importante ter-se presente que, em caso de colidência entre as atribuições secundárias, que porventura lhes sejam cometidas, com aquelas duas, primárias, estas deverão prevalecer sempre, por terem radical constitucional, ou seja, em síntese: por serem missões essencialmente de sustentação da ordem jurídica.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado Revisitada. Essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, Vitória, PGE/ES, v 4. n 4. p. 48,2005.

de proteções institucionais ao desempenho retilíneo das atribuições da Advocacia Pública.

Assim, as garantias e as prerrogativas dos membros da Advocacia Pública revelam-se meios ou instrumentos de realização plena do interesse público submetido, de uma forma ou de outra, ao crivo de análise dos vários segmentos da Advocacia Pública.

Nessa linha, o projeto da nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União contempla acertadamente as garantias e as prerrogativas dos membros da AGU juntamente com as definições, os princípios e as funções institucionais, apesar da existência de título específico destinado aos membros efetivos da instituição.⁴

5 O CONTROLE DO CONTROLE: AS CORREGEDORIAS

Dadas as relevantes e republicanas funções da Advocacia Pública como instrumento de controle, impõe-se uma indagação fundamental: quem faz o controle do controle? Tal papel está reservado, em regra, aos órgãos correicionais, ou simplesmente, as corregedorias.

Existe uma (triste) tradição nos órgãos correicionais, com honrosas exceções, de agir basicamente mediante provocação. Pontifica uma postura passiva, a exemplo daquela guarnição, permanentemente de prontidão, para combater o fogo quando esse aparecer, mostrar a face.

É necessário, no entanto, uma inversão substancial na lógica de funcionamento dos órgãos correicionais. Exige-se, como fator decisivo de combate aos desvios administrativos, uma postura ativa consubstanciada no desenvolvimento de linhas de ação e fiscalização inteligentes e propositivas. São procedimentos que buscam se antecipar aos eventos nocivos ou identificá-los de forma mais eficiente.⁵

4 O projeto de nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União foi apresentado pelo Advogado-Geral da União Substituto, Procurador da Fazenda Nacional Evandro Costa Gama, no "Seminário Brasileiro sobre Advocacia Pública Federal", realizado, em Brasília, nos dias 15, 16 e 17 de agosto de 2007.

5 São várias as linhas de investigação "alternativas" com significativo potencial de desenvolvimento. Eis algumas delas: a) sindicâncias patrimoniais; b) análise das manifestações jurídicas nos processos administrativos, onde foram realizados os maiores pagamentos pela Administração Pública; c) conferência das petições apresentadas nos processos judiciais mais relevantes (segundo vários critérios de aferição); e d) verificação dos pronunciamentos jurídicos nos processos administrativos e judiciais, relacionados com "escândalos" noticiados pela imprensa e "operações" conduzidas pela Polícia Federal e pela Controladoria-Geral da União. Registre-se que essas possibilidades "fogem" da lógica tradicional de considerar o órgão jurídico como "foco" (ou "alvo") de aferição de regularidade e de eficiência dos serviços jurídicos.

Paralelamente a mudança de postura dos órgãos correicionais, impõe-se a criação de importantes instrumentos institucionais de investigação e fiscalização, inclusive com a fixação de poderes especiais para acesso a dados, informações e manifestações técnicas.

Outra faceta de extremo relevo na atuação correicional está relacionada com a necessidade de conjugação de esforços dos órgãos encarregados de investigações. Tal esforço conjunto, notadamente em casos de maior fôlego, precisam ser efetivado por intermédio de forças-tarefas.

6 CONCLUSÃO

A crescente complexidade da vida econômica, política e social, com o alargamento do papel e do “tamanho” do Estado, revelou a insuficiência dos instrumentos clássicos de controle da vida democrática dentro e fora do Poder Público. Nesse panorama histórico, surgiram, nas últimas décadas, novas e importantes instituições de controle das atividades estatais (Cortes de Contas, Ministério Público, sistemas de Controle Interno e Advocacia Pública).

A Advocacia Pública funciona como instrumento de controle das ações do Poder Público nas atividades de consultoria e assessoramento jurídico e na atividade contenciosa. A missão fundamental da Advocacia Pública nesses campos de atuação consiste basicamente em sustentar e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito. Assim, a defesa do interesse público secundário, meramente patrimonial ou financeiro, pressupõe compatibilidade com o interesse público primário.

As garantias e as prerrogativas dos advogados públicos são mecanismos institucionais voltados para o escorreito desempenho das nobres missões da Advocacia Pública. Deve ser considerado, no trato desse assunto, que a Advocacia Pública pode criar enormes embaraços, alguns intransponíveis, para a realização de interesses que não estão em consonância com a ordem jurídica.

Exige-se, como fator decisivo de combate aos desvios administrativos, uma postura ativa dos órgãos correicionais da Advocacia Pública (o controle do controle), invertendo substancialmente a lógica clássica de funcionamento passivo ou reativo. Impõe-se o desenvolvimento de linhas de ação e fiscalização inteligentes e propositivas.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR AÇÃO OU OMISSÃO LEGISLATIVA

*Alexandre Alves Feitosa,
Advogado da União, Especialista em Teorias do Estado e
do Direito Público pela Universidade Tiradentes.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Responsabilidade. Categoria jurídica; 3 Pressupostos da responsabilidade; 4 Do estado irresponsável à responsabilidade objetiva; 5 Estado: uma sociedade política; 6 Responsabilidade objetiva. alcance do art. 37, § 6º, da constituição federal; 7 Processo legislativo; ato político típico; 8 Princípios da supremacia e da máxima efetividade em uma constituição dirigente; 9 Responsabilidade por ação legislativa; 10 Responsabilidade do estado por omissão legislativa; 11 Conclusão; 12 Referências.

RESUMO: A responsabilidade do Estado por ação ou omissão legislativa tem sido tratada pela doutrina nas mesmas bases teóricas em que se desenvolveu a responsabilidade do Estado Administrador, desprezando-se, contudo, a distinção entre atos políticos e administrativos e os diferentes fundamentos jurídicos de ambos. Ao cabo do estudo, questionar-se-á a própria existência de uma responsabilidade por ação legislativa. Sob o prisma da unidade do sistema jurídico, o tema é analisado sem perder de vista a conformação jurídica do instituto da responsabilidade, que não dispensa onexo causal, a generalidade e abstração das leis com a necessária intervenção administrativa para a concretização de seus fins, tudo levando a crer que, em verdade, a suposta responsabilidade do Estado legislador não existe, uma vez que é absorvida pelo nexode causalidade direto e imediato entre a atividade administrativa e o dano. A necessidade de convivência harmônica entre os princípios constitucionais torna difícil fundamentar e caracterizar a responsabilidade por omissão inconstitucional. Entretanto, não se pode conferir ao mandando de injunção a mesma função da ADI por omissão, uma vez que aquele, diferentemente desta, possibilita compatibilizar a supremacia e a máxima efetividade da Constituição com o princípio da separação de poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Estado. Legislador. Responsabilidade.

1 INTRODUÇÃO

Consolidada a evolução da responsabilidade do Estado por atos da Administração, surge novo foco de discussões: a responsabilidade por ação ou omissão legislativa. Serão abordados nesse trabalho algumas questões consideradas relevantes no enfrentamento da matéria, especialmente o respeito aos primados do Estado de Direito Democrático, à supremacia da Constituição, à organicidade e unidade do ordenamento jurídico e à independência e harmonia entre os Poderes.

Advirta-se, de início, que os objetivos desse trabalho não permitem reflexões aprofundadas acerca das diversas questões jurídico-filosóficas subjacentes a cada um dos tópicos desenvolvidos. Nada obstante, buscou-se apresentar um panorama tão completo quanto possível dos diversos posicionamentos encontrados na doutrina. Recomenda-se especial atenção aos autores referenciados, tendo em vista a profundidade com que estudaram certos temas abordados no texto, a exemplo de Pereira¹, Esteves² e Machado.³

Para melhor situar o tema, discorreu-se, inicialmente, acerca da responsabilidade como categoria jurídica e, portanto, difusora de conceitos para todo o ordenamento jurídico. Assim, chegou-se à conclusão de que o nexos causal, independentemente da culpa ou do risco, é fundamental à caracterização da responsabilidade, seja na esfera penal, civil ou administrativa. Essa definição vai ser extremamente relevante quando se tratar da ação legislativa e da potencialidade lesiva das leis.

Não menos importante é a distinção entre atos políticos e atos administrativos, os quais, regidos por diferentes ramos do direito, influenciarão, direta ou indiretamente, nas reflexões acerca da teoria da separação dos poderes, controle de constitucionalidade, finalidade do Estado, entre outras.

Numa leitura apressada pode o trabalho parecer conservador. Ao final, contudo, perceber-se-á, que o texto busca simplesmente o fortalecimento das instituições democráticas, com supedâneo no respeito à lógica e organicidade do sistema jurídico, indispensáveis

1 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

2 ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

3 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**. Um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

à própria existência do Estado. Por essa razão não se aceita a tese de que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal daria o suporte jurídico para empenhar a responsabilidade objetiva do Estado por ação ou omissão legislativa, entendendo-se que tal solução rompe com a lógica do ordenamento jurídico.

Encerra-se o trabalho enfrentando as conseqüências da omissão inconstitucional sobre o eventual direito, a reparação civil conferido ao particular, impossibilitado de exercer direitos subjetivos ante a ausência de intervenção legislativa na integração de norma constitucional. O tema é apresentado sob o enfoque dos princípios da supremacia e da efetividade da Constituição, bem como dos respectivos mecanismos de controle existentes no ordenamento jurídico brasileiro: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Por fim, por questões didáticas, toda referência à lei, norma ou ato normativo, salvo quando relacionada a dispositivos constitucionais, deve ser entendida como ato normativo dotado de abstração e generalidade, independentemente do órgão que o produziu, a exemplo das medidas provisórias.

2 RESPONSABILIDADE. CATEGORIA JURÍDICA

O dever de reparar um dano antes de representar uma obrigação jurídica, constitui, inelutavelmente, um anseio de ordem moral.⁴ O convívio em sociedade, entretanto, exige a submissão a regras e princípios que, irradiando-se sobre todos os campos da atividade humana, buscam assegurar a paz social, informando ou determinando comportamentos. A função do Direito, portanto, é assegurar a manutenção do teórico equilíbrio existente na sociedade, preservando a harmonia entre seus integrantes. Tendo o Estado assumido o monopólio da força contra seus súditos, ficou o indivíduo impossibilitado de, por seus próprios meios, buscar eventual reparação de um mal ou prejuízo que lhe foi imposto por outrem. Desse modo, abolida a *vendetta*, o problema da responsabilidade diz respeito exatamente às respostas que o ordenamento jurídico reserva às condutas que provocam o desequilíbrio do sistema, restabelecendo o *status quo* ou, na impossibilidade, impondo sanções e compensações.

Por questões de sistematização, o Direito é dividido em dois grandes troncos – público e privado – com seus respectivos ramos. Costuma-se, assim, aludir a responsabilidades de cunho civil, tributário,

⁴ PEREIRA, op.cit., p. 10-11.

penal ou administrativo, para se referir às obrigações oriundas de regras de Direito Civil, Tributário, Penal ou Administrativo, respectivamente. Ontologicamente, contudo, a responsabilidade não comporta divisões e surge da violação de um preceito, seja uma norma jurídica positivada, uma disposição contratual, do dever geral de cautela ou por ação deliberada. Vários são os exemplos de institutos originalmente aplicados em um ramo e posteriormente assimilados por outro, conforme exemplifica Pereira,⁵ ao explicar que o fato antecede o Direito:

Esse conceito do pressuposto material do direito foi desenvolvido pela ciência jurídica alemã no vocábulo *Tatbestand*, a princípio circulando na ciência penal, e ulteriormente deslocado para as relações jurídicas de direito privado, para mencionar as condições materiais que a ordem legal considera como determinantes dos efeitos jurídicos.

A responsabilidade, portanto, é uma categoria jurídica que não podendo ser classificada, *a priori*, como civil, penal, administrativa etc. Evidentemente, não se desprezam tais adjetivações. Contudo, é preciso ter em mente que cumprem apenas uma função de sistematização, na medida em que cada ramo do Direito tem princípios próprios que, obviamente, irão influenciar o tratamento dado à matéria.

Desse modo, os pressupostos gerais da responsabilidade – dano, nexos causal e culpa – são os mesmos para todos os ramos do Direito, com as respectivas adaptações, decorrentes dos princípios que informam cada disciplina jurídica, sobrelevando-se a substituição da culpa pelo risco, conforme se verá adiante.

Em que pese ser a responsabilidade uma categoria jurídica, para efeitos de estudo e sistematização, adotar-se-á, nesse trabalho, a terminologia corrente, a qual classifica como civil a responsabilidade não decorrente da violação de deveres específicos em matéria penal, administrativa ou tributária, por exemplo.

3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE

3.1 CULPA E RISCO

Reside no consciente coletivo a certeza de que todo aquele que causar dano a outrem deve repará-lo. Acolhida tal regra pelo Direito,

⁵ PEREIRA, op. cit., p. 27.

torna-se imperioso romper a barreira da moral, atribuindo-lhe contornos que garantam sua aplicação de maneira geral e abstrata, indispensável à segurança jurídica.

Impõe-se, pois, assentar em bases jurídicas identificar a obrigação de reparar um dano. Nesse sentido, a noção mais precisa é aquela que busca na ilicitude da conduta o fundamento da reparação. Partindo desse pressuposto, assegura-se ao indivíduo liberdade para agir em sociedade, desenvolvendo plenamente suas atividades, pois terá a certeza de que somente atuando à margem de um dever jurídico, por ação ou omissão – dolosa ou culposa – estará obrigado a reparar um dano.

Para a teoria da culpa, portanto, não basta a existência do dano, devendo-se perquirir se o agente causador praticou um ato ilícito, descumprindo uma obrigação contratual ou jurídica, seja com dolo ou culpa, em sentido estrito.

A regra geral de que a culpa deve ser provada passou a representar óbices, muitas vezes intransponíveis, para as vítimas de determinadas atividades, danosas por sua própria natureza ou demasiado complexas, para que o lesado conseguisse produzir a prova de culpa do causador do dano. Dentre as soluções apresentadas pela doutrina para enfrentar as inúmeras injustiças decorrentes da pura e simples aplicação das teorias subjetivas, destacou-se a Teoria do Risco, fundamento da responsabilidade objetiva, a qual pode ser assim definida:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante de elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outra) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade.⁶

⁶ PEREIRA, op. cit., p. 268.

Para alguns a teoria objetiva atende ao princípio da equidade, na medida em que atribui o risco da atividade àquele que lucra com sua exploração.⁷

No atual estágio evolutivo da matéria, não subsistem disputas entre qual das teorias deve ter a primazia no estudo da responsabilidade civil. A regra é a aplicação da teoria subjetiva, exigindo-se apuração da culpa do agente. Posto isso, a responsabilidade objetiva, informada pela teoria do risco, surge como exceção, aplicável apenas nos casos expressamente previstos em lei.

3.2 DANO

Trata-se de elemento essencial à responsabilidade civil, uma vez que sua inexistência, obviamente, afasta qualquer pretensão indenizatória. Ante o objetivo desse trabalho, não se analisará de forma minudente o tema. Importa que, conceitualmente, é o prejuízo moral ou material sofrido por alguém, representando uma redução em seu patrimônio jurídico ou a supressão de uma determinada vantagem. O dano há que ser atual e certo, ou seja, só há lugar para reparação quando houver certeza quanto à sua existência, não havendo, em regra, responsabilidade por dano hipotético, eventual e futuro.

3.3 NEXO DE CAUSALIDADE

Identificados os primeiros pressupostos da responsabilidade civil, percebe-se que dano e ação estão diretamente vinculados, independentemente de dos conceitos teóricos acerca de culpa e risco. Estabelecer o vínculo entre a conduta e o dano, portanto, é crucial para configurar a responsabilidade do agente. Nas palavras de Venosa⁸

O conceito de nexa causal, nexa etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexa causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexa causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Definir o conteúdo jurídico da relação de causa e efeito, para fins de responsabilidade, deu margem para as disputas doutrinárias.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 35.

Ferreira⁹ cita as três teorias que, na atualidade, detêm a preferência da doutrina:

a da equivalência das condições que admite face a várias circunstâncias, a possibilidade de qualquer delas ser causa eficiente; a teoria da causalidade adequada, mais adotada pelo direito continental, como se demonstrará, defendendo que o fato gerador da responsabilidade deve ser adequado a causar o dano; e a terceira é a teoria da causalidade imediata, adotada pelo sistema pátrio defendendo a necessidade da existência de relação de causa e efeito, imediata e direta, entre o fato e o dano.

Percebe-se, sem muito esforço, que a teoria da equivalência das condições alarga demasiadamente o espectro de possíveis responsáveis pelo dano, sendo fator de insegurança jurídica, na medida em que qualquer ação, ainda que indiretamente relacionada ao evento, pode acarretar a responsabilidade. Em matéria penal, cita-se, comumente, o exemplo do fabricante de armas, que poderia ser responsabilizado pelo tiro que matou a vítima, pois se não houvesse produzido o armamento, não ocorreria o crime.

A teoria da causalidade adequada busca atenuar os efeitos da equivalência das condições, selecionando, dentre as diversas concausas, aquela sem a qual o evento não ocorreria. Critica-se a teoria pelo grau de imprecisão na escolha da causa determinante.¹⁰

Por fim, a causalidade imediata, na qual se procura identificar a causa direta e imediata do dano nas palavras de Gandini e Salomão:¹¹ “será causa do dano aquela que está mais próxima deste, imediatamente (sem intervalo) e diretamente (sem intermediário).”

Conforme já visto, esta é a teoria legalmente adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, seja pelo atual ou pelo anterior Código Civil, respectivamente nos artigos 403 e 1.060, além de estar sedimentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do RE 130.764-1/PR, do qual foi relator o Ministro Moreira Alves:

⁹ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. A responsabilidade civil e o nexo de causalidade. **Unopar Cient., Ciênc. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 1, n. 1, p. 15-21, mar. 2000.

¹⁰ PEREIRA, op. cit., p. 79

¹¹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. ANO 7. N.106. Teresina: Jus Navigandi, ano 7, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em: 02 jan. 2007.

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes.

- A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

- Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.¹²

[...]

O entendimento foi mantido em outros julgados, a exemplo do RE 369.820/RS, publicado no D.J. de 27.02.2004, tendo por relator o Ministro Carlos Velloso:

Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim¹³ só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí, dizer Agostinho Alvim (1. c): “os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito

¹² STF, RE nº 130.764-1/PR, D.J. 07.08.92, sem destaques ou omissões.

¹³ ALVIN, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações**. 5. ed. n. 226. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 370.

necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.”¹⁴

É de fácil constatação a importância do estudo das teorias que explicam o nexo causal, mormente em sede de responsabilidade patrimonial do Estado, uma vez que, independentemente de ser esta objetiva ou subjetiva, a relação de causalidade é indispensável à configuração do dever de reparar o dano. O exemplo do RE 130.764-1/PR é emblemático, pois, adotada a teoria do dano direto e imediato, a simples fuga de um presidiário não atende à fórmula “sem intervalo e sem intermediário” exigida para formar o liame entre o ato ou omissão estatal e o dano sofrido pelo particular. Entre a fuga e a prática do crime foram necessários diversos atos preparatórios que romperam o nexo entre eventual falha do Estado e a consumação do delito. Essa é, portanto, a idéia que deve nortear o estudo da responsabilidade civil ou patrimonial do Estado, como de resto ocorre em todo o ordenamento jurídico.

4 DO ESTADO IRRESPONSÁVEL À RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilização do Estado por atos de seus agentes é relativamente recente. Cretella Junior¹⁵ cita o Caso Blanco¹⁶, de 1873, como ponto culminante e decisivo para publicização da responsabilidade estatal. A partir de então, evoluiu-se de uma idéia de responsabilidade calcada exclusivamente em termos civilistas, para se chegar à conclusão de que o Estado responde por seus atos em bases hauridas do próprio Direito Público. Advirta-se, contudo, na linha do que já dito em tópico anterior, que não se trata de proclamar a existência de distinção ontológica entre responsabilidade de Direito Público e Privado. Em verdade, o que pretende a doutrina é manter o caráter de independência entre as esferas civil e administrativa, buscando fundamentar nessa

¹⁴ RE 130.764/PR, RTJ 143/270, 283.

¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 27-32

¹⁶ Agnès Blanco foi atropelada ao cruzar os trilhos de uma estrada de ferro da estatal Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. Seu pai, sob o fundamento de que o Estado Francês era responsável pelos danos causados por seus agentes, ajuizou ação de reparação, nos termos da lei civil. E é exatamente essa a importância do caso Blanco. A França adota o sistema de contencioso administrativo, para o julgamento de causas entre o administrado e a Administração, em matéria administrativa. O caso Blanco, entretanto, teve início em Tribunal Judiciário e somente após o julgamento de um conflito de atribuições, definiu-se que a competência para julgá-lo seria do Conselho de Estado. Ali, o relator do processo julgou a demanda declarando que a responsabilidade do Estado por danos causados ao particular deveria ser fundamentada em bases jurídicas diversas daquelas consagradas pelo Direito Civil. Fundavam-se as bases para o desenvolvimento das teorias publicistas.

última a responsabilidade estatal. Ademais, a distinção diz mais com a dificuldade de prova da culpa do Estado, que, em um primeiro momento, seguia a regra geral proclamada pelas teorias subjetivas.

4.1 A IRRESPONSABILIDADE ESTATAL

Vigorou incólume, até bem pouco tempo, a teoria da irresponsabilidade do Estado. Nem mesmo as revoluções burguesas que culminaram com o Estado liberal, afastaram-na imediatamente. A gênese de tal pensamento pode ser encontrada em Bastos¹⁷, segundo o qual na Antigüidade e nas monarquias absolutistas, o Estado se confundia com o soberano e tendo este recebido seu poder diretamente da divindade, somente a ela prestava contas de seus atos, culminando na máxima “*the king can do no wrong*”. Lembra, entretanto, que em Roma já se previa a responsabilidade dos agentes estatais, mas sem assegurar os meios necessários à obtenção da reparação.

Cretella Júnior¹⁸ informa que a teoria já sofria críticas no período imediatamente posterior à Revolução Francesa, sintetizando-as nos seguintes termos:

A teoria da irresponsabilidade estatal – que, em síntese, se funda nos seguintes argumentos:

1º) o Estado, por ser pessoa jurídica, ou ficção legal, não tem vontade própria;

2º) como o Estado, pessoa jurídica, age por intermédio de seus funcionários, não se entende que queira praticar atos ilícitos. Se os representantes legais os praticam, é a eles, e não ao Estado, que a responsabilidade cabe;

3º) sendo absurdo supor que os funcionários estão autorizados a agir fora da lei, subentende-se que, quando o fazem, agem fora de sua qualidade de funcionários e não é possível, pois, atribuir a responsabilidade ao Estado (Guimarães Menegale: ¹⁹

1º) a teoria da ficção legal, superada em nossos dias, não justifica a irresponsabilidade do Estado, cuja vontade autônoma se supõe;

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 287-288.

¹⁸ CRETELA JÚNIOR, op. cit., p. 64-65.

¹⁹ MENEGALE, Guimarães. **Direito Administrativo**. 3. ed. 1957. p. 501-502.

2º) o princípio geral da culpa in eligendo e in vigilando aplica-se ao Estado, pessoa dotada de capacidade;

3º) o Estado, como ente dotado de personalidade, é sujeito de direitos e obrigações.

Contudo, Garcia²⁰ lembra que a própria ideologia liberal não oferecia campo fértil ao desenvolvimento de teorias acerca da responsabilidade civil do Estado, já que este tinha sua existência voltada apenas para a garantia que os cidadãos pudessem desenvolver livremente suas potencialidades. Um Estado mínimo, obviamente, causa poucos ou raros prejuízos ao particular.

Para tentar minimizar as conseqüências da total irresponsabilidade desenvolveu-se doutrina de que a atuação estatal desenvolvia-se em duas esferas com naturezas distintas, uma regida pelo poder de império do Estado e outra baseada em regras de direito comum. A existência de atos de império e atos de gestão representou, no campo teórico, um avanço, em que pese a imunidade dos primeiros, possibilitava, ao menos em tese, a responsabilidade pelos danos decorrentes de atos regidos pelo direito comum. Para o administrado, entretanto, não houve mudanças significativas, dada a grande dificuldade de se demonstrar, na prática, a distinção entre atos realizados sob a proteção do Poder de império e atos de mera gestão.

4.2 ATOS DE GESTÃO E DE IMPÉRIO E A RESPONSABILIDADE COM BASE NA CULPA CIVILISTA

A distinção entre atos de império e de gestão tem origem na França.²¹ Fundamenta-se na idéia que a Administração ora age com fundamento no poder inerente ao Estado e suas respectivas prerrogativas, ora atua como particular, submetendo-se às regras do direito comum.

Critica-se a teoria tanto pela dificuldade prática de se delimitar a fronteira entre gestão e império, quanto pela necessidade – atribuída ao lesado – de provar a culpa do funcionário. Mesmo superada tal fase, esse nítido caráter civilístico serviu de base para o desenvolvimento das teorias subseqüentes, que entendiam ser a responsabilidade do Estado decorrente da relação de preposição entre aquele e seus funcionários. Logo, além da culpa do agente, exigia-se que não tivesse agido com

²⁰ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*. Portugal: Conselho de Económico e Social, 1997. p. 5.

²¹ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p.67.

abuso ou excesso de poderes, pois, nesse caso, a responsabilidade seria pessoal e não do Estado.²²

4.3 DIREITO PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO E AS TEORIAS PUBLICISTAS

Viu-se linhas atrás que a doutrina situa o caso Blanco como divisor de águas na história da responsabilidade extracontratual do Estado. Por se tratar de decisão emanada de órgão eminentemente administrativo, passou-se, então, a buscar no Direito Público o fundamento da responsabilidade estatal, em contraposição às teorias fundadas no conceito tradicional de culpa do Direito Civil.

As chamadas teorias publicistas procuram alterar o conceito tradicional de culpa, agregando-lhe elementos de direito público. O caráter inovador, contudo, ainda não rompeu, imediatamente, a regra que impunha ao administrado o ônus da prova, limite não raro intransponível, conforme deflui do conceito de culpa administrativa apresentado por Cretella Júnior²³:

No âmbito da responsabilidade administrativa, a culpa é compreendida de maneira ampla. É a culpa publicística que, positiva, obrigará o Estado a indenizar.²⁴ Caso contrário, mesmo havendo dano para o administrado, a Administração é isenta do ressarcimento.

Ou seja, não se desincumbindo o particular do ônus da prova, estaria o Estado isento de responsabilidade. Tal solução não era compatível com os novos paradigmas do Estado Social e com a crescente conscientização de que o particular não poderia suportar sozinho os riscos de uma atividade que beneficiava a todos. Por tal razão, aprofundaram-se os estudos. Primeiro, pretendeu-se separar a culpa do serviço da culpa pessoal do agente, fundamentando a teoria do acidente administrativo. Nesse caso, se o dano fosse decorrente de uma falha – ou falta – na prestação do serviço, respondia a Administração; se, por outro lado, decorreu de culpa exclusiva do agente público, a responsabilidade seria a este imputada. A teoria do acidente administrativo compreende as idéias de falha no serviço, mal funcionamento, ausência ou funcionamento atrasado.

Coube novamente ao Conselho de Estado francês inovar concretamente: ao julgar o caso Canes, em 1895, com amparo na teoria

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 548-550.

²³ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 78.

²⁴ Cf. Rivero, *Droit administratif*, 8 ed. 1977, p. 274.

do risco profissional, responsabilizou o Estado por dano decorrente de acidente de trabalho, afirmando que:

no caso, não houve nem culpa do operário, nem do Estado, mas que os estabelecimentos que trabalhavam para a defesa nacional constituíam serviços públicos e a responsabilidade da Administração por prejuízos causados pelos serviços públicos não está sujeita necessariamente, ao direito comum.²⁵

Abriu-se, assim, o caminho para a introdução no Direito Administrativo das teorias derivadas do risco: teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. Importante destacar que nem todos os autores adotam essa classificação,²⁶ por exemplo, não faz qualquer distinção conceitual. Di Pietro²⁷ afirma que a maior parte da doutrina não vê distinção entre risco administrativo e risco integral, contudo,

Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.

Para os que advogam a distinção conceitual entre as teorias, o risco integral afasta qualquer escusa à responsabilidade estatal, sendo suficiente o nexa entre o serviço ou ato de agente público e o dano. Já o risco administrativo admite excludentes, tais como a culpa da vítima ou de terceiros, o caso fortuito e a força maior.

A teoria da responsabilidade objetiva decorre da teoria do risco. Logo, assim como naquela, basta o nexa causal entre dano e atividade estatal, para que se configure o dever de indenizar, independentemente da culpa do agente público. A Administração somente se eximirá do encargo se conseguir demonstrar a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior, uma vez que tais situações rompem, obviamente, o nexa causal. Nesse contexto, a teoria da causalidade a que se filie o intérprete é crucial para o solução de qualquer controvérsia – causalidade adequada, equivalência das condições ou causalidade imediata, sendo esta, conforme se viu, a que possui a preferência da

²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 96.

²⁶ PEREIRA, op. cit., p. 133.

²⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 551

doutrina e da jurisprudência – pois o rompimento ou não da cadeia causal é que determinará o momento em que cessa ou se inicia a influência dos atos praticados em razão do serviço público, vinculando ou não o Estado.

Cumpra registrar que a maioria da doutrina, a exemplo de Bandeira de Mello²⁸, entende que a responsabilidade objetiva somente tem lugar quando deriva de uma postura comissiva do Estado. Para os atos omissivos a responsabilidade é subjetiva, cabendo ao particular demonstrar que o dano sofrido tem como causa direta a ausência de uma prestação positiva do Estado. Outros autores são contra, não fazendo distinção quanto à ação ou omissão, é o caso de Meirelles.²⁹ Contudo voltar-se-á ao tema logo adiante, ao se analisar a amplitude do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

5 ESTADO: UMA SOCIEDADE POLÍTICA

Salveti Neto³⁰ define o Estado como “a sociedade política e juridicamente organizada para atender ao bem comum”. A sucinta definição demonstra que a condução dos negócios estatais não se submetem, exclusivamente, as regras de cunho jurídico. E isso se explica na própria gênese do Estado, cuja conformação jurídica é relativamente recente. Viver em sociedade, abrindo mão de parte de sua liberdade, submetendo-se à vontade coletiva foi uma opção do indivíduo, assim traduzida por Aristóteles:³¹

Sabemos que uma cidade é como uma associação, e que qualquer associação é formada tendo em vista algum bem; pois o homem luta apenas pelo que ele considera um bem. As sociedades, todas elas, portanto, propõem-se algum lucro – especialmente a mais importante de todas, visto que pretende um bem mais elevado, que envolve as demais: a cidade ou sociedade política.

O bem comum, portanto, é o fim principal do Estado. Entretanto, sendo a sociedade política formada por indivíduos com múltiplos interesses, torna-se imperativa a escolha, dentre eles, daqueles

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 818-823.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 624.

³⁰ SALVETTI NETO, Pedro. **Curso de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 42.

³¹ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Marin Claret, 2001. p. 11.

efetivamente voltados ao atendimento das necessidades coletivas. Nas democracias representativas há o consenso de que os representantes eleitos pelo povo enfeixem a soberania do Estado, e têm liberdade para decidir, por critérios de oportunidade e conveniência, quais interesses mais se aproximam do ideal coletivo. A participação popular no processo de escolha dos governos garante legitimidade às decisões políticas. Assim, posto que represente a vontade da maioria, o exercício da Democracia exige que todos a ela se submetam.

O político, portanto, apesar de manter estreitas relações com o jurídico, com esse não se confunde. A política, em sentido amplo, encerra alto grau de discricionariedade, estando fortemente informada por critérios de oportunidade e conveniência, conforme já afirmado. Assim, e. g., se determinado povo decide formar um Estado, tem-se uma decisão política, tomada com base em critérios de oportunidade e conveniência. Entretanto, sendo o Estado uma sociedade política e juridicamente organizada, essa decisão – política – somente se aperfeiçoa com a respectiva juridicização – elaboração da Constituição, leis etc.

Nos Estados regidos pelo Direito, político e jurídico se complementam. Entretanto, os atos políticos, em razão de sua peculiar natureza, possuem altíssimo grau de discricionariedade e, desde que não descambem para o abuso, raramente possibilitam controles exteriores. Daí que, ao se falar em responsabilidade extracontratual do Estado, a questão dos atos políticos – em especial seu maior expoente, o ato legislativo típico – ganha destaque e divide opiniões.

5.1 ATOS POLÍTICOS E ATOS ADMINISTRATIVOS

Anteriormente foi dito que para efeito de responsabilização estatal houve época em que se fez distinção entre atos de império e atos de gestão. Afirmava-se que a Administração, em determinadas circunstâncias, atuava com base no Poder soberano do Estado, estando desobrigada de indenizar o particular por eventuais danos decorrentes dessa atividade. Não se confunda, entretanto, a separação que ora se faz entre atos políticos e atos administrativos com aquela calcada na distinção entre império e gestão. Para Bandeira de Mello³² atos políticos ou de governo são aqueles

praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função

³² BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 342-343.

puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, sub color de que é contrária ao interesse público, etc. Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar.

Meirelles³³, seguindo o mesmo raciocínio, leciona:

Atos políticos são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência e oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência, e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos, e não simplesmente de execução de serviços públicos. Daí seu maior discricionarismo e, conseqüentemente, maiores restrições para o controle judicial.

Fácil perceber que, juridicamente, a nota de distinção entre as duas espécies de atos é a fonte de sua legitimação: atos políticos são fundamentados, basicamente, na Constituição, no Direito Constitucional, portanto; atos administrativos, em que pese a inafastável vinculação à Carta Magna, são legitimados por normas de hierarquia inferior, notadamente as leis e regulamentos, objeto de estudo do Direito Administrativo. Os atos administrativos são fortemente vinculados à lei e aos princípios, muitos dos quais positivados constitucionalmente, ao passo que os atos políticos são basicamente informados por preceitos éticos ou ideológicos, ainda que sua legitimação provenha diretamente da Constituição e dela não possa se afastar.

Pode parecer inócua a distinção, na medida em que Administração e Governo, em muitas situações, representam duas faces de uma mesma moeda. Contudo, não se pode negar que diferem a decisão política de construir uma ponte em determinada localidade, alocando recursos no orçamento ou fazendo constar o projeto na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e os respectivos atos administrativos destinados à concretização da obra – licitação, contrato etc. Em exemplo citado por Bandeira de Mello³⁴, a concessão de indulto traduz uma postura

³³ MEIRELLES, op. cit., p. 676.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 343.

política que demandará a prática de atos administrativos destinados a verificar quais interessados preenchem os requisitos genéricos contidos no respectivo decreto.

Pode-se citar, outrossim, o veto presidencial ou a rejeição a um projeto de lei, atos cuja validade dispensa a prática de qualquer providência administrativa, diversamente, a adjudicação do objeto de uma licitação ou a aplicação de sanções disciplinares são atos regidos pelo Direito Administrativo, não se admitindo, validamente, em tais casos, decisões com cunho meramente político.

A diferença, embora sutil em alguns casos, possui grande relevância para a temática da responsabilidade do Estado. Ressalte-se, mais uma vez, que não se trata de distinguir entre atos de império e de gestão. Nesse caso, embora aqueles tenham como fundamento a soberania do Estado, ambos são praticados pela Administração, nessa condição. Os atos políticos – ou de governo – também se fundamentam na soberania, mas, ainda que possam ter reflexos na esfera administrativa, possuem base ontológica diversa.

6 RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ALCANCE DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

6.1 CONDUTAS COMISSIVAS E OMISSIVAS

A responsabilidade objetiva do Estado está positivada no art. 37, § 6º da Constituição Federal, *verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Viu-se anteriormente que não há consenso na doutrina apenas quanto ao tratamento a ser dado aos casos de omissão. Divergem, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵ e Hely Lopes Meirelles,³⁶ conforme citado.

Gandini e Salomão³⁷ afirmam que a maioria da doutrina e da jurisprudência adotam o entendimento de que a responsabilidade objetiva é regra que se aplica em qualquer caso. Não é o que deflui,

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, op. cit.

³⁶ MEIRELLES, op. cit.

³⁷ GANDINI, op. cit., p.14.

entretanto, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do seguinte aresto:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO.

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

4. [...] (*omissis*)

5. [...] (*omissis*)

6. [...] (*omissis*)³⁸

Em que pesem as vozes que proclamam a responsabilidade objetiva, independentemente da ação ou omissão estatal, não se pode olvidar que o ordenamento jurídico constitui-se de um sistema lógico e que toda exegese deve partir dessa premissa. Assim, apesar de o art. 37, § 6º, da Constituição Federal proclamar a responsabilidade objetiva do Estado, não se pode ignorar que a conformação jurídica do conceito não é fornecida pelo Direito Constitucional. Entendida a responsabilidade como categoria jurídica é evidente que seu conteúdo deve ser buscado nos estudos desenvolvidos em outros ramos do Direito.

A substituição da culpa pelo risco, no conceito de responsabilidade, fundamentou-se na percepção de que determinadas atividades são potencialmente lesivas, por sua própria natureza. Mesmo prescindindo

³⁸

REsp 602102/RS – Relatora Ministra ELIANA CALMON – DJ 21.02.2005.

do elemento subjetivo, a teoria do risco não dispensa o nexos de causa e efeito. Desse modo, adotada pelo Direito pátrio, a teoria do dano direto e imediato, inexistindo o nexos causal, não se configura a responsabilidade objetiva. Considerando que a omissão, por si só, não produz efeitos no mundo fenomênico, inexistindo uma ação, não há como vincular, direta e imediatamente, o dano à atividade estatal. Por tais razões, no caso de condutas comissivas, a responsabilidade deverá ser apurada em bases subjetivas, devendo o lesado demonstrar que o Estado violou uma regra de garantia e que essa violação foi a causa determinante do evento. Não se trata de impor restrição onde o constituinte não previu. Isso porque a Constituição consagra princípios, mas não define conceitos. Entender diversamente equivaleria a transmudar a responsabilidade civil do Estado em seguro universal, o que certamente não está compreendido nos conceitos hauridos da teoria do risco, acatada pelo ordenamento jurídico pátrio.

6.2 ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Sem embargo dos posicionamentos doutrinários que não vislumbram diferenças conceituais entre as teorias do risco, perfilha-se aqui o entendimento daqueles que adotam a teoria do risco administrativo, que prevê a hipótese de excludentes da responsabilidade, sem vinculá-la à licitude ou ilicitude da conduta do agente. Isso porque, sendo o Estado concebido para promover o bem comum, muitas vezes, as ações legítimas, destinadas a concretizar tal desiderato, causam lesões ao particular. Considerando, pois, que a sociedade é, em última análise, a beneficiária da atividade estatal, deve, obviamente, suportar o respectivo risco. Não se trata de privilegiar o individual ante o coletivo, mas de uma verdadeira espécie de socialização dos prejuízos, calcada no princípio da solidariedade que rege todo conglomerado social.

6.3 DIMENSÃO DO TERMO AGENTE

Da redação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, deflui que a responsabilidade do Estado é consequência da prestação de serviços públicos. Rigorosamente, toda atividade estatal encerra um serviço público. Contudo, para fins de responsabilidade objetiva é necessário verificar o alcance da norma constitucional. No tocante à atividade administrativa, essencialmente desenvolvida pelo Poder Executivo, enquanto função estatal, não se vislumbra nenhuma dificuldade para a aplicação da norma constitucional. Entretanto, quando se trata de atos

típicos dos demais Poderes – Legislativos e Judiciários – não parece tão simples o enquadramento. Em princípio, tais atividades não podem ser enquadradas no conceito tradicional de serviço público, cuja finalidade é proporcionar comodidades ou utilidades ao administrado por meio de ações concretas que podem causar danos diretos ao particular. Os atos típicos do Parlamento, a seu turno, por possuírem alto grau de abstração e generalidade, dificilmente causam danos diretos e imediatos ao particular. Quanto à atividade jurisdicional, não sem razão há expressa previsão constitucional de reparação por erro judiciário entre as garantias individuais – art. 5º, LXXV, CF/88 – o que seria despicando se a atuação do Poder Judiciário, em sua esfera típica de atribuições, estivesse submetida ao regime geral de responsabilidade do Estado.

Há, no entanto, quem afirme a transcendência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal³⁹, adotando-o como fundamento da responsabilidade extracontratual do Estado em todas as suas esferas de atribuições típicas. No entanto, interpretando sistematicamente a Constituição, não parece ser essa a melhor exegese. No Título III, Capítulo VII da Constituição da República cuida-se “Da Administração Pública”. Seus dispositivos evidenciam claramente que o objetivo do constituinte foi traçar ali as diretrizes para o exercício da função típica do Poder Executivo, a administração do Estado: regras sobre arrematação de servidores, preenchimento de cargos, licitação, serviços públicos, aposentadoria etc. Pode-se argumentar que o texto constitucional utiliza o termo genérico agente, compreendendo, pois, as atividades desenvolvidas por todos aqueles investidos de função pública, incluindo-se aí a atividade parlamentar.

Uma interpretação assim elástica menoscaba toda a lógica de micro-sistemas encerrada na Constituição. Note-se, com efeito, que o constituinte fez nítida distinção ontológica entre atividades políticas e administrativas, ao dispor sobre o Poder Executivo no Capítulo II, do Título IV, da Carta Política, deixando entrever que apesar da inegável vinculação, cada uma daquelas atribuições possuem base jurídica própria. Assim, a constitucionalização de regras e princípios de Direito Administrativo não lhes altera a natureza. O objetivo do constituinte foi assegurar-lhes estabilidade, evitando casuísticas alterações, que seriam facilitadas caso não estivessem protegidas por um processo legislativo diferenciado: o das emendas à Constituição. Logo, atos políticos, entre os quais os legislativos e jurisdicionais, e atos administrativos pertencem a

³⁹ ESTEVES, op. cit., p.188-187.

ramos distintos do Direito, ainda que seus princípios específicos estejam previstos na Constituição.

Desse modo, o enquadramento jurídico da responsabilidade do Estado, por ação ou omissão legislativa, se possível, deve ser buscado em outras bases, não na teoria objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, cuja evolução histórica é indissociável da atividade Administrativa.

7 PROCESSO LEGISLATIVO. ATO POLÍTICO TÍPICO

Caracterizam-se os atos políticos por seu altíssimo grau de abstração e discricionariedade, normalmente desvinculados e submetidos apenas às regras formais de validade. O veto presidencial a um projeto de lei, por exemplo, é ato eminentemente político, discricionário e, desse modo, desvinculado. Normalmente os vetos são acompanhados de razões ou motivos que os justificam. Pela teoria dos motivos determinantes, poder-se-ia cogitar da possibilidade de controle de tal ato pelo Judiciário e, conseqüentemente, da reparação de eventuais danos causados ao particular. O veto, entretanto, faz parte das prerrogativas políticas constitucionalmente asseguradas ao chefe do Poder Executivo, decorrência do mecanismo de freios e contrapesos, indispensável à teoria da separação harmônica dos Poderes. Assim, somente a ação política do Parlamento pode controlar o veto, derrubando-o, nos termos da Constituição.

Raciocínio semelhante pode ser adotado em relação às demais fases do processo legislativo. A liberdade de atuação, essencial aos regimes democráticos, impede qualquer espécie de coação institucional sobre Parlamento ou parlamentares, com o objetivo de forçar a apresentação de projetos de lei ou as respectivas discussões, aprovação ou rejeição. Por essa razão, a lei é a resultante do embate de idéias em determinado momento histórico, representando em uma sociedade ideal a vontade da maioria, externada por meio de seus representantes. Somente a vontade popular é capaz de interferir no processo legislativo. Jamais o Poder Judiciário poderá determinar que se edite uma lei, sem ofender o princípio constitucional da separação de poderes. Politicamente, entretanto, o povo, detentor originário do poder, pode influenciar decisivamente a atuação parlamentar. Obviamente, não se olvida as distorções decorrentes do pragmatismo e do fisiologismo político-partidário. Mas, ao se estudar juridicamente um sistema, deve-se ter em mente não os desvios decorrentes das paixões, mas sim as regras imutáveis que

nortearão seu funcionamento ideal. E, no contexto jurídico-filosófico em que surge o Estado, o poder político emana do povo, ainda que em outras Ciências possa-se chegar a conclusão diversa.

Voltando aos mecanismos de controle, pode-se argumentar que, no âmbito do Congresso Nacional, o Poder Judiciário, via Supremo Tribunal Federal, exerce controle de atos políticos, quando, por exemplo, concede liminares em mandado de segurança contra atos das mesas da Câmara e do Senado; das Comissões Parlamentares de Inquérito e no próprio controle concentrado de constitucionalidade. É preciso esclarecer que efetivamente, não cabe ao Poder Judiciário interferir na prática dos chamados atos *interna corporis* do Parlamento. No entanto, havendo regulamento interno que discipline determinado procedimento, ainda que de natureza política, prevalece a garantia constitucional do devido processo legal, assegurado tanto para processos judiciais quanto administrativos. Ao STF, portanto, não é permitido adentrar no mérito da decisão política, mas a Constituição Federal lhe confere o poder de verificar a observância da regularidade formal do procedimento.

Em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, a atuação da Corte Suprema não pode ser entendida como o simples exercício de uma atividade jurisdicional. A história do controle abstrato de normas, parte do princípio da supremacia da Constituição, modelo teórico segundo o qual a validade de todas as leis está condicionada à compatibilidade vertical, com a Carta Magna. É nesse contexto que surge um órgão com atribuição exclusiva para o controle de constitucionalidade: o Tribunal Constitucional, ao qual competiria a verificação da constitucionalidade das normas, independentemente de qualquer situação concreta. Seu idealizador,⁴⁰ assim o define:

Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 263.

à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como legislador negativo.

Nada obstante seu caráter jurisdicional, a aceitação da teoria somente foi possível com a desvinculação da Corte ou Tribunal Constitucional das estruturas do Poder Judiciário, superando o temor de uma possível quebra do princípio da separação dos poderes. Por essa razão, desenvolveu-se a tese de que o controle concentrado de constitucionalidade não é uma atividade tipicamente jurisdicional, mas sim um controle político da atividade legislativa, exercido por um órgão especialmente constituído para esse fim. Sua estatura constitucional asseguraria a separação dos poderes e, enquanto o Parlamento atuaria como “legislador positivo”, exercendo sua função típica de produção de normas com conteúdo geral e abstrato, ao Tribunal Constitucional era atribuída a função de verificar a compatibilidade dessas normas com a Constituição. Se o tribunal formulasse um juízo negativo de constitucionalidade, a norma seria retirada do ordenamento jurídico sem considerar qualquer situação concreta ou direito subjetivo dela decorrente. A decisão teria, então, os mesmos atributos da lei – abstração e generalidade – atuando o órgão como verdadeiro legislador, só que negando a validade da norma. Daí a expressão legislador negativo.

Não é difícil concluir que a liberdade do Parlamento é essencial à concretização da democracia. Mas como o poder do Parlamento advém do povo e é exercido em seu nome, deve se submeter somente aos limites traçados por quem lhe outorgou tal poder, os quais se encontram expressos na Constituição Federal.

O desafio que se propõe, portanto, é superar o aparente paradoxo entre a supremacia da Constituição, que reclama a efetivação de suas normas, com a garantia de liberdade conferida ao Parlamento, como um dos pilares do Estado de Direito Democrático, de modo a assegurar a efetividade de direitos previstos constitucionalmente, mas que dependam de integração por parte do legislador infraconstitucional.

8 PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA MÁXIMA EFETIVIDADE EM UMA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

O poder do Estado legitima-se no povo e dele decorre a soberania dos Governos. Entretanto, pouca serventia teria o reconhecimento dessa premissa sem a existência de instrumentos de garantia. Höffe⁴¹

⁴¹ HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 385.

afirma com precisão que “contra o Estado primário de natureza não fala o fato de nele imperar a injustiça, mas o fato de nele imperar a ausência de regras e, com ela, a ausência de direito”. Nesse contexto, a Constituição surge como a expressão jurídica do pacto político firmado entre o povo, estabelecendo as regras e princípios que irão nortear suas relações entre si, bem como a atividade de seus representantes na concretização do objetivo do Estado: o bem comum. A isso Canotilho⁴² denomina função de auto-vinculação e por ser a Constituição a norma matriz de todo o sistema jurídico a ela estão subordinados, inclusive, os próprios subsistemas constitucionais. O que poderia ser motivo de conflito resolve-se pela aplicação de princípios específicos de hermenêutica constitucional.

Assim, pelo princípio da unidade afasta-se qualquer possibilidade de existirem antinomias normativas ou normas constitucionais originárias inconstitucionais.⁴³ Logo, onde houver aparente contradição, ao invés de se negar validade a uma ou outra norma, busca-se compatibilizar os preceitos, uma vez que ambos se encontram no mesmo patamar hierárquico.

Por outro lado, ainda com Canotilho⁴⁴, deve-se atribuir às normas constitucionais o sentido que lhe dê maior efetividade, ressaltando-se que o princípio da efetividade tem caráter “operativo”, de concretização, notadamente em relação às chamadas normas programáticas, contudo sem se limitar a elas.

Concatenando as idéias, tem-se o pressuposto de que a Constituição, realidade histórica e fruto da soberana vontade popular, determina o modelo de Estado que deve ser perseguido, devendo-se atribuir o máximo de efetividade às suas disposições, seja pela supremacia da Carta Magna, seja pela auto-vinculação imposta a partir de sua promulgação.

É nesse cenário que se deve verificar a responsabilidade do Estado por ação ou omissão legislativa, buscando compatibilizar a liberdade e a discricionariedade conferidas ao legislador com o pacto firmado pelo povo quando da elaboração da Constituição.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1447.

⁴³ *Ibidem*, p. 1183-1223.

⁴⁴ *Ibidem*. p.1223.

9 RESPONSABILIDADE POR AÇÃO LEGISLATIVA

A lei, entendida como produto da função precípua do Parlamento, é ato tipicamente político, dotado, em regra, de generalidade e abstração. O processo de elaboração da lei constitui prerrogativa do Poder Legislativo e os atos que compõem seu procedimento, desde a apresentação do projeto até sua aprovação ou rejeição, constituem atividade vinculada apenas aos ditames formais, sendo insusceptíveis de gerar qualquer ônus para o Estado.

Importa, desde já, afastar qualquer hipótese de responsabilização individual do parlamentar, no âmbito de sua atividade legislativa, a qual por impositivo constitucional encontra-se protegida pela imunidade decorrente do chamado estatuto dos congressistas, positivado no art. 53 da Constituição Federal. Posto que já se tenha sugerido não se submeter a eventual responsabilidade do Estado, por atividade legislativa, às disposições do art. 37, § 6º, da Carta Política, é preciso esclarecer que não se está defendendo a tese da irresponsabilidade do Estado, com fulcro na imunidade parlamentar. Relembre-se que a conclusão a que se chegou ao analisar as dimensões do dispositivo decorre de uma análise sistemática da Constituição, evidenciando que o dispositivo consagrador da responsabilidade objetiva deve ser interpretado no âmbito do microsistema em que se insere, qual seja, o da Administração Pública.

Com amparo nos princípios da supremacia e da máxima efetividade da Constituição, pode-se afirmar que a função legislativa é dotada de ampla liberdade, encontrando seus limites unicamente no Texto Constitucional. Desse modo, veda-se completamente a ingerência do Poder Judiciário sobre os critérios de oportunidade e conveniência do Parlamento na elaboração da lei, não havendo mecanismo jurídico-constitucional capaz de obrigar a produção legislativa.

Como regra, portanto, tendo sido a lei elaborada com rigorosa observância dos ditames contidos na Lei Maior, não será possível a glosa por parte de qualquer dos outros Poderes, salvo o veto presidencial, em verificação política, o qual poderá ser derrubado, também por critérios políticos.

Questiona-se, então, se o ato legislativo típico – edição de leis ou atos normativos, de caráter geral e abstrato – enseja a responsabilidade patrimonial do Estado. Para Meirelles⁴⁵

⁴⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 677.

Os atos legislativos, ou seja, as leis propriamente ditas (normas em sentido formal e material), não ficam sujeitos a anulação judicial pelos meios processuais comuns, mas sim pela via especial da ação direta de inconstitucionalidade e, agora, também pela ação declaratória de constitucionalidade, tanto para a lei em tese como para os demais atos normativos. E assim é porque a lei em tese e os atos normativos, enquanto regras gerais e abstratas, não atingem os direitos individuais e permanecem inatacáveis por ações ordinárias ou, mesmo, por mandado de segurança.

Di Pietro⁴⁶ após fazer referência a um período de total irresponsabilidade, afirma:

Essa concepção, que persistiu mesmo após a referida Constituição [1937], foi aos poucos sendo superada; inicialmente, pelo reconhecimento de que o ato político pode, em determinados casos, causar lesão aos direitos individuais, como ocorre na promoção de juízes e na intervenção federal; disso resultou uma distinção entre atos exclusivamente políticos (que não afetam direitos individuais) e atos quase políticos ou não exclusivamente políticos (que, embora dizendo respeito a interesses superiores do Estado, da nação, da sociedade, afetam também direitos individuais); os primeiros não podiam e os segundo podiam ser submetidos ao Poder Judiciário.

Para a autora, o art. 5º, XXXV, da Constituição em vigor proíbe a distinção. O tema de fato é controverso. Tal conclusão é semelhante à que apresenta Júlio César dos Santos Esteves⁴⁷, o qual faz uma extensa digressão acerca da evolução da matéria, demonstrando que diversamente da responsabilidade da Administração, ainda não há consenso em relação aos atos legislativos. Em seu estudo, o autor faz um extenso apanhado da doutrina pátria e alienígena, fazendo incursões pelos direitos francês, português, espanhol, alemão, italiano, norteamericano, chileno, uruguaio e argentino. O objetivo desse trabalho não permite analisar o tema com a mesma profundidade, entretanto, é possível apresentar um panorama, ainda que resumido.

⁴⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 641.

⁴⁷ ESTEVES, op. cit., p. 99-201.

Em princípio, são apresentadas as teses que procuram afastar a responsabilidade do Estado com base nos atributos da função legislativa: a soberania, que somente permitiria indenizações se o próprio legislador assim o dispusesse; a abstração e a generalidade da lei, que não seria, desse modo, susceptível de causar danos individuais; o poder atribuído ao legislador para inovar na ordem jurídica, permitindo-lhe dispor livremente sobre qualquer assunto, independentemente do respeito a direitos pré-existentes; a relação de representação entre o legislador e o particular, significando que, em última medida, o parlamentar atua por conta e risco do representado, cabendo a este suportar os ônus do mandato e, por fim, as imunidades parlamentares, que afastando a responsabilidade do legislador por suas opiniões, palavras e votos, transferiria tal prerrogativa ao Estado.

Ressalvada a abstração e generalidade conforme se verá adiante, não é difícil constatar a fragilidade de tais argumentos ante um ordenamento jurídico que se pretenda democrático. Estando o legislador vinculado aos ditames constitucionais, somente uma Constituição despótica poderia conferir-lhe tamanha liberdade. Ainda que seja questionável a tese da responsabilidade do Estado, unicamente em razão da função legislativa, sem dúvida, não são estas as bases em que se deve demonstrar sua impropriedade.

Para Esteves⁴⁸ a doutrina contemporânea é majoritariamente favorável à responsabilidade do Estado por atos legislativos, nas hipóteses de lei inconstitucional, mas vacila quando se trata de lei constitucionalmente válida, ainda que se configure um desequilíbrio caracterizador de violação do princípio da igualdade perante os encargos públicos. Mota⁴⁹ assim resume o pensamento dominante na doutrina brasileira:

Embora não haja quanto à responsabilização do Estado consenso doutrinário, a maioria da doutrina inclina-se pela tese da admissão do direito à indenização quando o ato legislativo constitucional atingir direta e imediatamente um particular ou grupo específico de particulares. O dano generalizado seria qualificado como encargo social, devendo ser suportado por todos os

⁴⁸ ESTEVES, op. cit., p. 200-201.

⁴⁹ MOTA, Maurício Jorge P. da Mota. **A responsabilidade do Estado legislador nos Direitos Argentino, Uruguaio e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: <www2.uerj.br/~direito/publicações/publicações/Mauricio_mota/mm_12a.html>. Acesso em: 2 jan. 2007. p. 49.

prejudicados, enquanto que o dano excepcional, desigual e grave, produzido pela norma legal, poderia, este sim, originar o ressarcimento sob o fundamento de violação ao princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos. Apesar de relativo consenso, dissentem a seguir os autores na determinação da noção de dano especial e em seus contornos dogmáticos como a relevância do fato do lesado, a relação entre dano decorrente da própria lei e dano resultante da execução da lei etc. [...]

Uma análise dos argumentos apresentados pelos adeptos da teoria da responsabilização do Estado legislador conduz de maneira infismável à conclusão de que todas hipóteses apresentadas pela doutrina surgem de uma violação a um princípio ou direito constitucionalmente protegido. O caso do paradigma no Direito francês, citado por Esteves⁵⁰, demonstra as bases em que se desenvolveram os estudos a partir de então: toda a dogmática sobre o tema assenta-se na proteção ao direito de propriedade ou na violação aos princípios da proporcionalidade e da igualdade - perante as cargas pública. E o que se constata na síntese de Mota⁵¹ em relação aos Direitos uruguaio e argentino:

Reconhece-se nos meios jurídicos uruguaio que a responsabilidade estatal por ato legislativo decorre dos seguintes requisitos: a ocorrência de um dano patrimonial; a certeza do dano, isto é, não hipotético (pode ser futuro, no sentido de que se aperfeiçoa com a aplicação da lei); a particularidade do dano, isto é, este deve ser especial, e não geral, ou seja, não deve importar no exercício de uma faculdade impositiva geral; a motivação legislativa que não deve ter sido determinada por um fim de saúde, higiene ou moralidade pública; e o nexos de causalidade adequado entre o dano sofrido e o ato legislativo, ou seja, o dano sofrido pelo particular deve ter sua causa adequada na lei.

[...]

na doutrina e jurisprudência argentinas, não obstante a respeitável posição contrária de Bielsa, é pacífica

⁵⁰ ESTEVES, op. cit., p.100.

⁵¹ MOTA, op. cit., p.8-20.

a admissibilidade da responsabilidade civil do Estado legislador. Fundamenta-se esta na garantia constitucional da incolumidade da propriedade privada (art. 17 da Constituição) que dispõe que toda e qualquer expropriação por utilidade pública deve ser previamente indenizada. Neste sistema constitucional a coletividade carece de direito para exigir, sem justo ressarcimento, sacrifícios particularizados, não gerais, individuais. Via de regra, reconhece-se que a responsabilidade estatal por ato legislativo decorre dos seguintes requisitos: a ocorrência de um dano, patrimonial ou moral, englobado na garantia constitucional da propriedade privada; a certeza do dano, isto é, não hipotético (pode ser futuro, no sentido de que se aperfeiçoa com a aplicação da lei); o dano deve ser particularizado, especial e não geral, ou seja, não deve importar no exercício de uma faculdade impositiva geral; a motivação legislativa não deve ter sido determinada por um fim de saúde, higiene ou moralidade pública; deve existir um nexo de causalidade adequado entre o dano sofrido e o ato legislativo, isto é, o dano sofrido pelo particular deve ter sua causa adequada na lei.

Deve-se estudar a questão, então, sob dois enfoques: leis inconstitucionais e leis constitucionalmente válidas. No primeiro caso, não é difícil reconhecer o direito à reparação. Regra geral, a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos possui efeito *ex tunc*, razão pela qual os atos praticados com amparo na legislação objurgada, perdendo seu suporte legal, passam a constituir verdadeiros atos ilícitos, com o conseqüente dever de indenizar eventuais danos ou repetir o que foi injustamente exigido do particular. A jurisprudência há muito consagra tal entendimento:

Declarada a inconstitucionalidade de certo tributo, não há como defender validade de pagamentos anteriormente feitos, a pretexto de haverem sido espontaneamente pagos. Se o imposto é inconstitucional, o vício ataca-o na origem, sendo nulo o pagamento feito em razão dele.⁵²

Obviamente, será indiferente se o reconhecimento da inconstitucionalidade ocorrer no âmbito de ação direta ou por via de

exceção. Isso porque, não obstante a possibilidade legal de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, trata-se de hipótese extrema, somente viável nas hipóteses de grave risco à segurança jurídica ou excepcional interesse social, exigindo, inclusive quorum especial de deliberação⁵³, constituindo exceção que apenas confirma a regra. Também é indiferente a natureza do vício que macula a norma: se formal ou material. Contudo, na primeira hipótese, há divergências até mesmo entre os que defendem a responsabilidade total do Estado, a exemplo do próprio Esteves⁵⁴, ao reconhecer que “não haveria o dever de indenizar, na hipótese em que o Estado detivesse a faculdade de imprimir, mediante lei nova, e agora formalmente válida, os mesmos efeitos buscados com a lei invalidada”.

Resta, portanto, enfrentar o tema sob os influxos de legislação formal e materialmente válida. E, nesse ponto, é possível identificar uma das falhas na doutrina da responsabilidade do Estado legislador: a teoria parte de dois princípios basilares: (a) igualdade perante os encargos públicos; e (b) direito fundamental de propriedade.⁵⁵ O equívoco consiste em não reconhecer que a lei violadora dos princípios da igualdade e da propriedade está, desenganadamente, em confronto com a Constituição Federal, mesmo que razões de ordem pública justifiquem sua edição. Pode parecer contraditório afirmar que uma norma contrarie princípios constitucionais e mesmo assim seja considerada válida. Não se pode olvidar, contudo, a existência de outro importante princípio constitucional, o da proporcionalidade, assegurando a justa medida entre o sacrifício individual e o coletivo. Na hipótese, a ponderação dos bens jurídicos envolvidos exige que se dê à norma interpretação consentânea com a Constituição, para consagrar, inicialmente, sua supremacia, mas também para impedir a prevalência de uma “igualdade negativa”, decorrente da pura e simples declaração de inconstitucionalidade (MENDES, 2005, p. 341-55). São comuns no Supremo Tribunal Federal os julgados que reconhecem a possibilidade de se formular pedido de interpretação conforme na própria inicial da ação direta de inconstitucionalidade, a exemplo do seguinte aresto:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -
INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO -
POSSIBILIDADE JURÍDICA. É possível, juridicamente,

53 Ver art da Lei nº 9.868/199.

54 ESTEVES, op. cit., p.230.

55 ESTEVES, op. cit., p.233-244.

formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade. UNIVERSIDADE - TRANSFERÊNCIA OBRIGATÓRIA DE ALUNO - LEI Nº 9.536/97. A constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.536/97, viabilizador da transferência de alunos, pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congeneridade das instituições envolvidas - de privada para privada, de pública para pública -, mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem - de privada para pública.⁵⁶

Posta assim a questão, é forçoso reconhecer que a responsabilidade do Estado por ato legislativo é fruto da incompatibilidade entre o comando legal e a Constituição. A solução, portanto, não é meramente jurídica uma vez que a atribuição de garantir a supremacia da Constituição exige a necessária formulação de juízos políticos, independentemente do órgão a quem foi conferida tal função, esteja ele inserido ou não nas estruturas do Poder Judiciário.

A essas ponderações deve ser acrescentado um derradeiro questionamento: sendo o nexo causal imprescindível à teoria da responsabilidade, é possível afirmar a existência de causalidade direta e imediata entre o ato legislativo e eventual dano suportado pelo particular?

9.1 LEI E NEXO DE CAUSALIDADE

Para responder à questão, é preciso, inicialmente, distinguir atos legislativos formais e materiais. Os primeiros são aqueles que, embora apresentem a estrutura de ato legislativo encerram, em verdade, um ato concreto, desprovido dos atributos de abstração e generalidade. Nas palavras de Canotilho:⁵⁷

A base da distinção nas leis concretas não é a contraposição entre geral-individual mas entre abstracto-concreto. O interesse estará em saber se uma lei pretende regular em abstracto determinados factos ou se destina especialmente

⁵⁶ STF, ADI nº 3.324/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, D.J. 05.08.2005.

⁵⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 719.

a certos factos ou situações concretos. Também aqui a consideração fundamental radicaria no facto de uma lei poder ser geral, mas pensada em face de determinado pressuposto de facto que acabaria por lhe conferir uma dimensão individual, porventura inconstitucional. Segundo alguma doutrina, caberiam nesta categoria as leis dirigidas a um grupo determinado de pessoas, que, como acabamos de ver, localizamos na categoria de leis pessoais.

Di Pietro⁵⁸ afirma que:

A lei de efeito concreto, embora promulgada pelo Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constitui, quanto ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo, gerando, portanto, os mesmos efeitos que este quando cause prejuízo ao administrado, independentemente de considerações sobre sua constitucionalidade ou não.

Esse entendimento é perfilhado, outrossim, por Meirelles.⁵⁹ Sendo ontologicamente idêntica ao ato administrativo, é fácil concluir que a lei de efeitos concretos pode, efetivamente, causar dano direto e imediato ao particular, subsumindo-se à teoria da responsabilidade objetiva, preconizada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Mas, nesse caso, não é correto fundamentar a responsabilidade no exercício da função legislativa, uma vez que, embora o ato possua forma de lei, pode ser validamente praticado pela Administração com a utilização de outros instrumentos normativos, igualmente idôneos.

Naturalmente, em um Estado de Direito Democrático, não se concebe qualquer função estatal dotada de imunidade absoluta. Nem mesmo os direitos fundamentais possuem tal privilégio. Contudo, é preciso preservar a organicidade do sistema. Verifica-se na doutrina uma extremada tentativa de ampliar a previsão contida no art. 37, § 6º, da Constituição, interpretando o dispositivo não no contexto em que foi inserido – Da Administração Pública. Não se pode olvidar que a responsabilidade objetiva por atos da Administração é uma realidade incontestável, assentada em bases jurídicas sólidas, desenvolvidas no âmbito do Direito Administrativo. Informada pela teoria do risco

⁵⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 556.

⁵⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 678.

administrativo, exige-se apenas a causalidade direta e imediata entre a ação estatal e o dano.

Por essa razão, a fórmula da responsabilidade objetiva é inapropriada para fundamentar a responsabilidade do Estado legislador, exatamente por não ser possível verificar o nexos causal direto e imediato entre os atos legislativos típicos e qualquer dano causado ao particular. Uma lei ou qualquer ato normativo geral e abstrato pode, no máximo, possuir potencial lesivo. Entretanto, enquanto não ultimadas as medidas administrativas destinadas à sua concretização, a norma permanece em estado de latência. É o que ocorre, por exemplo, com uma lei possibilitando a elevação de alíquotas de um tributo até determinado percentual que, na prática, inviabilize completamente certa atividade. O ato legislativo em si não causa qualquer prejuízo direto e imediato ao particular, e se Administração Fazendária jamais elevar a alíquota do tributo aos percentuais proibitivos nenhum dano poderá ser imputado à lei.

Entretanto, se essa mesma Administração, com amparo no permissivo legal, optar por taxar demasiadamente a atividade, eventual dano terá como causa imediata não a lei, mas sim a atuação administrativa.⁶⁰ Poder-se-ia contrapor a tal assertiva o argumento de que a Administração, nessas circunstâncias, exerce mera atividade instrumental, já que a previsão para a prática do ato lesivo encontra-se na lei, sendo dela derivado. Contudo, não se pode perder de vista que à Administração só é permitido fazer aquilo que a lei autorize. O conteúdo normativo do princípio geral da legalidade sofre alteração no âmbito do Direito Público para encerrar a noção de que aquilo que não for permitido está proibido, a ponto de Seabra Fagundes, em sentença que já se tornou de domínio público, afirmar que “administrar é aplicar a lei de ofício”. Em tal contexto, todos os atos administrativos devem ter suporte na lei. Aqueles que dela transbordem, afastem-se ou ignorem, empenham a responsabilidade do Estado por serem ilícitos; os praticados com suporte em seus ditames obrigam a reparação, entre outras razões, pela já referida teoria da distribuição equitativa das cargas públicas.

Significa, então, que a rigor não se pode falar em responsabilidade do Estado pelo ato legislativo, pois a concretização da lei, editada com caráter geral e abstrato, demanda uma necessária atividade

⁶⁰ Obviamente, não é preciso aguardar a atuação concreta da Administração para se questionar, em tese, a constitucionalidade de qualquer lei com potencial lesivo ao direito de propriedade ou ao princípio da igualdade, uma vez que para o controle concentrado não importam os danos individualmente causados pela norma e sim a compatibilização desta com a Constituição.

administrativa subsequente, lembrando sempre que as chamadas leis de efeitos concretos são verdadeiros atos administrativos revestindo a forma de lei. Entender diversamente corresponde a afirmar que toda atividade administrativa fundamentada em lei implica na responsabilidade do Estado por ato do Legislador o que, obviamente, não se coaduna com a teoria da divisão tripartite das funções estatais.

10 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA

Já se afirmou que a ampla liberdade de atuação conferida ao legislador é corolário do princípio democrático, encontrando limites apenas na Constituição, que também estabelece os respectivos mecanismos de controle. Aliando a essa premissa o princípio da separação dos Poderes, resulta em um sistema que impede ingerências dos Poderes Executivo e Judiciário nas atividades parlamentares, ressaltando-se as hipóteses expressamente previstas no texto constitucional, e. g., o veto presidencial, a declaração de inconstitucionalidade ou as decisões em mandado de segurança que objetivam assegurar o devido processo legal, estabelecido no regimento interno das casas legislativas.

Outrossim, não é possível compelir o Parlamento a legislar, sob pena de afronta a todos os cânones da moderna democracia. Da mesma forma, a nenhum outro Poder é permitido exercer atribuição típica do Congresso, excetuando-se as hipóteses contempladas pela própria Carta Magna, como no caso das medidas provisórias.

Em que pese tais considerações, também é corolário da democracia que a Carta Política, documento que representa o pacto popular que cria o Estado, seja um instrumento efetivo sob pena de faltar-lhe legitimidade. Em uma visão contratualista, pode-se imaginar que o indivíduo, ao abrir mão de parcela de sua liberdade em favor da comunidade, espera que, no mínimo, as cláusulas do acordo que lhe asseguram posições jurídicas favoráveis sejam cumpridas.

E não é outro o sentido do princípio da supremacia da Constituição, que não só condiciona o exercício do poder, permitindo a impugnação de atos contrários ao Texto Fundamental, mas também exige que seus ditames sejam cumpridos. A efetividade da Constituição tornou-se matéria do objeto de estudos doutrinários, principalmente em função das prescrições cuja conformação é atribuída à atividade de integração do legislador infraconstitucional. Na lição de Machado:⁶¹

⁶¹ MACHADO, *op.cit.*, p. 21.

A norma constitucional existe para ser aplicada. As lições de J.J. Gomes Canotilho, no plano da interpretação das normas constitucionais, fazem repercutir no mundo contemporâneo os ensinamentos da doutrina alemã (v. g.: K. Hesse e F. Muller), trazendo argumentos relevantes para a busca da concretização do “princípio da máxima efetividade”, do “princípio da interpretação efetiva”, ou, ainda, do “princípio da eficiência”, porquanto, hoje, o grande desafio dos constitucionalistas é atribuir à norma constitucional o sentido que maior efetividade lhe dê.

O autor contribui, ainda, apresentando a evolução histórica do tema na doutrina, o que não é objeto do presente estudo. Para compreensão do tema, bastará reproduzir, em apertada síntese, suas conclusões acerca da teoria desenvolvida por José Afonso da Silva, que classifica as normas constitucionais em três categorias: normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida. No primeiro grupo, encontram-se as normas dotadas de conformação jurídica plena, aptas a produzir efeitos imediatamente após a entrada em vigor, sem a necessidade de posterior atuação legislativa, sendo exemplo típico aquelas dirigidas à organização do Estado e dos Poderes. No segundo grupo, estariam as normas com “aplicabilidade imediata, direta, mas não integral”, ou seja, possuem conformação jurídica que permite uma ulterior ação parlamentar, mas não dependem dela para surtir efeitos. Por fim, as normas de eficácia limitada, as quais, posto que dotadas de eficácia imediata, demandam a atividade integrativa do legislador para que atinjam os fins colimados pelo Constituinte. Tais normas podem traduzir preceitos de caráter institutivos, ligados à estruturação dos órgãos governamentais ou programáticos, representando os compromissos sociais do Estado.⁶²

Dito de outra maneira, as normas de eficácia limitada são, em sua maioria, exatamente aquelas que buscam compensar o indivíduo pela perda de sua liberdade em favor do Estado. O grande desafio é compatibilizar a liberdade de atuação do Parlamento com a máxima efetividade da Constituição, sem afetar a harmonia do sistema jurídico. Desenvolveram-se, então, as teorias acerca das omissões inconstitucionais e o papel do Poder Judiciário na concretização do programa instituído pelo Constituinte. Daí surge o desafio de concretizar tal desiderato, sem abalar um dos pilares em que se sustenta a moderna democracia,

⁶² MACHADO, op. cit., p. 29-35.

a separação dos Poderes, na medida em que, em tais hipóteses, estará o Judiciário substituindo a vontade do legislativo. Continentino⁶³, sintetizando a preocupação de parte da doutrina, afirma que:

Continentino, sintetizando a preocupação de parte da doutrina, afirma que:

Destarte, deve-se reavivar, dentro do paradigma procedimentalista do Direito, que as grandes conquistas dos direitos e a busca pelo seu implemento e concretização, sobretudo daqueles de alto teor simbólico, devem se dar no plano da ação política, pelo exercício da cidadania, pela plena realização da autonomia pública, e não por provimentos jurisdicionais de nítido caráter tutelar. Caso contrário, corre-se o risco de cair numa concepção “judiciarista” da Constituição e do próprio Estado com sérios riscos à Democracia, em que o juiz se substitui ao legislador na concretização da Constituição, na medida em que essa tarefa é confiada, em nome da própria Democracia, ao jogo político-partidário.⁶⁴

Justifica-se a preocupação e ainda que se busque a máxima efetividade das normas constitucionais, somente a previsão expressa de mecanismos de controle da omissão na própria Constituição permitirão a atuação fiscalizadora de outro órgão sobre o Parlamento, sem ofensa aos ideais democráticos, afastando qualquer questionamento acerca da legitimidade do controle, já que decorre da própria Norma Fundamental. Ressalte-se que essa interpretação restritiva não tem qualquer relação com a maior ou menor relevância dos direitos envolvidos na discussão. Diversamente, busca-se na organicidade do sistema jurídico compatibilizar os diversos princípios envolvidos na questão, evitando soluções populares e de fácil aceitação, que antes de assegurar direitos provocam fissuras no ordenamento, com conseqüências imprevisíveis para o futuro da Democracia.

Assim, a Constituição Federal prevê dois mecanismos de controle da omissão legislativa, um em abstrato e outro para o caso concreto: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e o mandado de injunção,

⁶³ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão**. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coords.). *Processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 448.

⁶⁴ O autor se refere a CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 329-330.

respectivamente. Seus reflexos para a responsabilidade do Estado estão diretamente relacionados à conformação que lhes der o intérprete. Para alguns, a simples omissão será suficiente para configurar o dever de indenizar; outros, adotando uma postura mais conservadora, tendo em vista a unidade do ordenamento jurídico, filiam-se a uma corrente mais cautelosa.

10.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: EFEITOS E REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é espécie do controle concentrado e suscita diversos questionamentos, os quais não caberiam nesse trabalho. Reconhecendo a importância do jogo democrático, representado pela interação de forças políticas existentes na sociedade, Canotilho⁶⁵ procura distinguir a exigência constitucional de ação do dever geral de legislar, separando normas constitucionais que impõem concretamente uma obrigação de legislar, por já trazerem explicitamente o conteúdo da ação parlamentar, daquelas por ele conceituadas como normas-fim ou normas-tarefa, concluindo que:

O incumprimento dos fins e objectivos da constituição é também inconstitucional, mas sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos, ao passo que as omissões legislativas inconstitucionais, em sentido estrito, podem originar uma acção de inconstitucionalidade [...]

A conclusão é importante, uma vez que considera inconstitucional toda inação legislativa, mas reconhece que somente é possível a ação fiscalizadora quando a norma a ser integralizada possui elementos concretos suficientes para limitar o livre arbítrio do legislador.

Quanto às normas programáticas⁶⁶, apesar de abandonada a visão conservadora que as consideram meras intenções do constituinte, não se pode olvidar a importância da teoria da reserva do possível, que, em síntese, trata da adequação das disponibilidades orçamentárias às exigências de efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração.⁶⁷

⁶⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 1034-1035.

⁶⁶ CANOTILHO (2003, p. 1176) decreta a "morte" das normas programáticas, substituindo-as pelas "normas-fim, norma-tarefa, normas-programa que "impõem uma atividade" e "dirigem" materialmente a concretização constitucional".

⁶⁷ Ver BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de doutrina do TRF da 4ª Região*, 30 jun. 2004, Disponível em: <<http://www.revistadoutrina>>

O debate, como se percebe, envolve diversas reflexões e quando a ele se alia os fins buscados no controle concentrado de constitucionalidade, esbarra-se em óbice de difícil transposição: o órgão de fiscalização constitucional não atua na defesa de interesses subjetivos, concretos. E mais, excetuando-se as especialíssimas exceções constitucionais, somente ao Poder Legislativo é conferida a atribuição de inovar na ordem jurídica, em caráter geral e abstrato. No Brasil, a Constituição Federal prevê o controle da inconstitucionalidade por omissão no art. 103, § 2º, nos seguintes termos:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Silva⁶⁸ critica a redação do dispositivo por entender que o simples comunicado ao Poder omissor não é suficiente para atender ao anseio de dar efetividade à Carta Política, uma vez que o Legislativo não é obrigado a legislar. E mesmo reconhecendo que essa é a melhor solução, entende que o constituinte deveria ter ido além, permitindo que o Supremo Tribunal Federal emitisse a norma ausente até que a omissão fosse sanada pelo órgão competente.

Ousa-se, *data venia*, discordar do eminente constitucionalista. Nenhum sistema político é perfeito, mas evidentemente a Democracia se destaca pelo relativo grau de liberdade concedido aos cidadãos. O modelo teórico da separação dos Poderes, com mecanismos de freios e contrapesos, é uma conquista democrática e como tal deve ser preservada, pois a fiscalização mútua dos Poderes é uma proteção contra o arbítrio. Ultrapassa os limites dessa proteção, contudo, conferir a um Poder a prerrogativa de realizar a atividade do outro, quanto este for omissor. Se for permitido ao Judiciário criar norma geral e abstrata, quando o Legislativo não o fizer, corre-se o risco de, posteriormente, pleitear o Legislativo a função de julgar quando os juízes não se desincumbirem dessa atividade, após determinado lapso temporal, sob o argumento de se preservar os direitos fundamentais de acesso à Justiça e de celeridade processual.

Por tais razões, em respeito aos cânones democráticos e à garantia da estabilidade das instituições pode a solução preconizada na parte final

trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm, Acesso em: 20 jan. 2007.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 50.

do art. 103, § 2º, da Constituição Federal não ser aquela que melhor resolva concretamente o problema da efetividade. Mas, é sem dúvida, a única que compatibiliza a atuação do Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas, com o respeito à função típica do Poder Legislativo. No mais, é preciso acreditar que a sociedade atingirá um grau de maturidade política suficiente para reconhecer que a simples comunicação da mora legislativa é um fato tão grave que obrigará o Congresso a adotar medidas para saná-la.

Resta saber, então, se reconhecida a inconstitucionalidade por omissão se pode o particular pleitear indenização do Estado em decorrência de eventual prejuízo resultante da ausência da norma. Exemplo prático são as ações judiciais que buscam da União reparação civil em razão da omissão do Presidente da República em enviar ao Congresso Nacional projeto de lei que procedesse à revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais, nos termos do art. 37, X, da Constituição Federal. As ações têm por fundamento a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2.061, que declarou a inconstitucionalidade por omissão do Chefe do Poder Executivo.

Decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL⁶⁹ :

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, *in fine*, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.

⁶⁹ ADI nº 2.069, Relator Min. Ilmar Galvão, 2001.

Acompanhando o relator, o Ministro Marco Aurélio delimitou precisamente a abrangência e finalidade funcional da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme referido há pouco:

A omissão, a meu ver, está escancarada, [...]. Posso atribuir a autoria desta omissão a um órgão meramente legislativo? A resposta é desenganadamente negativa, por mais que minha visão no campo acadêmico seja pela efetividade do que se contém na Carta da República. A iniciativa, no caso do projeto, não é de uma autoridade simplesmente administrativa, como referida no art. 103, § 2º, da Constituição Federal; a mora no encaminhamento do projeto é do Chefe do Poder Executivo. [...] Espero, porque confio no perfil democrático de Sua Excelência, que o Presidente da República [...], diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, do Órgão de cúpula do Poder Judiciário, certificando clara, precisa, o ato omissivo, encaminhe o projeto, objetivando a revisão da remuneração dos servidores públicos. Com isso, as instituições demonstrarão à sociedade brasileira que estão funcionando, como é próprio no Estado Democrático de Direito.

Mesmo diante de tais considerações, vislumbrou-se a possibilidade de compelir o Estado a indenizar seus servidores, em substituição à revisão geral. O pleito recebeu o beneplácito de parte das instâncias ordinárias do Poder Judiciário. O Pretório Excelso, contudo, não tem chancelado as pretensões, conforme demonstram os seguintes arestos:

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO.

I - A iniciativa para desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual aos servidores públicos é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário suprir sua omissão.

II - Incabível indenização por representar a própria concessão de reajuste sem previsão legal.

III - Agravo não provido.⁷⁰

⁷⁰ STF, 2006, RE-AgR 421828/DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski.

AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS. OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. DEVER DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

Não sendo possível, pela via do controle abstrato, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover omissão declarada inconstitucional - na espécie, o encaminhamento de projeto de lei de revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos - com mais razão não poderia fazê-lo o Poder Judiciário, por via oblíqua, no controle concreto de constitucionalidade, deferindo pedido de indenização para recompor perdas salariais em face da inflação.⁷¹

A conclusão é inevitável: por mais que se deva lutar pela efetividade da Constituição, não se podem desprezar os fundamentos da democracia, sob pena de abrir flancos ao autoritarismo. Assim, a decisão em ação direta de inconstitucionalidade por omissão legislativa deve ter exatamente a amplitude que lhe deu o constituinte: reconhecimento em abstrato da inconstitucionalidade, sem gerar, no entanto, qualquer direito subjetivo para o particular.

Nada obstante, para o caso concreto, o constituinte previu remédio que assegurando a efetividade de direitos individuais, preserva a estabilidade do ordenamento jurídico, o mandado de injunção.

10.2 MANDADO DE INJUNÇÃO E RESPONSABILIDADE

Na busca por mecanismos que garantam a efetividade da Constituição, sem desprezar os princípios democráticos da República, o Constituinte de 1988 criou o mandado de injunção. Machado⁷² já notara o caráter inovador do instituto ao fazer um estudo comparativo com o direito alienígena.

Ao mandado de injunção se aplica boa parte da argumentação exposta anteriormente, tendo em vista que, em princípio, buscam atacar a omissão legislativa. Contudo, a conformação jurídica dos institutos confere-lhes funções diversas. Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão reconhece a mora legislativa, em tese, o mandado de injunção se destina a verificar os efeitos da omissão no caso concreto, “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável

⁷¹ STF, 2006, RE-AgR 485087/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia.

⁷² MACHADO. op. cit., p. 59.

o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.⁷³ Bonavides⁷⁴, escudado no magistério de J.J. Calmon de Passos, também afirma o caráter subjetivo do mandado de injunção e sua aplicação ao caso concreto.

Revelam-se importantes as considerações de Machado⁷⁵ acerca da natureza jurídica da decisão proferida no *writ*, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Destaca o autor as lições de Alexandre de Moraes⁷⁶, separando as teorias em dois grupos: concretistas e não-concretistas. No primeiro grupo, a teoria concretista geral, segundo a qual pode o Tribunal atribuir efeitos erga *omnes* à decisão; ou *concretista individual*, quando a situação for regulada inter-partes, podendo, na espécie, a norma para o caso concreto vir expressa na própria sentença – concretista individual direta – ou fixando-se um prazo para a providência legislativa, findo o qual seria a omissão suprida pelo Judiciário – concretista individual intermediária. Não concretista seria a teoria que reconhece ao mandado de injunção os mesmos efeitos da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A postura defendida ao longo desse trabalho conduz à inevitável filiação à teoria que atribui à decisão proferida no mandado de injunção um caráter concretista individual, seja direto ou intermediário. Com efeito, tal solução não conflita com a divisão funcional dos poderes, uma vez que, na hipótese, o Poder Judiciário não estará criando norma de caráter geral e abstrato, mas sim exercendo atribuição típica de jurisdição, qual seja, a de criar lei entre as partes. Não se vislumbra, pois, risco ao primado da separação dos poderes, quando a decisão se limitar a decidir um caso concreto, com efeito inter-partes. E, em tais circunstâncias, é perfeitamente possível responsabilizar o Estado pela omissão legislativa, se dela resultar algum dano efetivo ao particular.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não conferiu tal alcance ao instituto. Preferiu se filiar à doutrina não concretista, nos termos do paradigma representado pelo MI nº 107-QO/DF, relatado pelo Ministro Moreira Alves. Evidentemente, nem todos os casos de omissão inconstitucional poderão ser integrados por provimentos injuncionais,

⁷³ art. 5º, LXXI, da Constituição Federal

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.551.

⁷⁵ MACHADO, op. cit., p.105-113

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1977. p. 149-153, citado pelo autor.

conforme já referido anteriormente com Canotilho.⁷⁷ Acrescente-se, àqueles argumentos a advertência de Calmon de Passos⁷⁸, *verbis*:

Entendemos, entretanto, descaber mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou alocação específica de recursos porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do *mandamus* na espécie.⁷⁹

Também do voto condutor do acórdão colhe-se que certos direitos fundamentais, em tese protegidos pelo mandado de injunção, são insusceptíveis de regulamentação individual, dada sua natureza ontologicamente coletiva, citando o exemplo dos direitos inerentes à soberania popular. São pertinentes as observações, contudo, não se pode criar uma regra a partir de exemplos extremos. Por se buscar no mandado de injunção um provimento de natureza eminentemente concreta, é na análise do caso particular que se deve verificar a ocorrência das exceções e não, em razão delas, esvaziar o instituto.

Machado⁸⁰, nota, contudo, que o Supremo Tribunal Federal parece que começa a romper a barreira paradigmática erigida a partir do MI n° 107-QO/DF, citando julgados no qual a Corte reconhece a omissão legislativa, fixa prazo para a integração da norma e, mantido o silêncio, assegura ao particular o direito de buscar a reparação, nos termos do direito comum, vedando, ainda, a possibilidade de se alterar a coisa julgada, então formada pela superveniência da norma.

Trata-se, apesar da restrição, de filiação à corrente concretista intermediária e, mesmo não regulamentando o caso concreto, confirma a possibilidade de se obter, em mandado de injunção, a responsabilidade do Estado por omissão legislativa.

⁷⁷ CANOTILHO, op. cit.

⁷⁸ 1989, p. 112-113, apud STF, MI n° 107-QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves

⁷⁹ Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data. Constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 112/113

⁸⁰ MACHADO, op. cit., p.111.

11 CONCLUSÃO

Consagram os ordenamentos jurídicos democráticos a responsabilidade do Estado Administrador, sem maiores divergências. Não é diferente no sistema adotado pela Constituição brasileira, que institui a responsabilidade objetiva como regra, divergindo a doutrina apenas quanto ao tratamento das condutas omissivas. Se a responsabilidade civil do Estado por atos da Administração possui sólida base teórica, o mesmo não verifica quando se pretende justificar uma possível responsabilidade por atos legislativos. Com efeito, encontram-se desde teses que a negam complementemente até aquelas com viés de responsabilidade integral. Dentre os que adotam uma postura intermediária é a nítida preocupação em proteger o particular contra o gigantismo do Estado, ressaltando-se o caráter antidemocrático de qualquer forma de isenção da responsabilidade estatal.

De fato, em um Estado Democrático não se concebem, obviamente, imunidades absolutas, principalmente quanto ao ente que tem como objetivo primordial promover o bem comum. Contudo, a força de um Estado Democrático decorre, em boa medida, da segurança proporcionada pela estabilidade de seus institutos jurídicos. Mas, na tentativa de proteger o patrimônio particular contra a ação de qualquer dos Poderes públicos, o que se verifica é uma pura e simples transmutação para o âmbito do Direito Constitucional de conceitos próprios do Direito Administrativo, em especial a previsão do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

É forçoso reconhecer que os exemplos comumente utilizados pela doutrina encerram algum tipo de ofensa à Constituição, a qual pode ser afastada por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade, seja pelo expurgo da norma, seja pelo emprego de técnicas interpretativas que, preservando a validade da norma, adaptam-na aos preceitos constitucionais. É o caso, por exemplo, das ofensas ao direito de propriedade ou aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

A lei em sentido material, dotada de abstração e generalidade, ainda que potencialmente lesiva, demanda a prática de atos concretos para causar dano direto e imediato ao particular. O nexos causal é fundamental ao conceito de responsabilidade civil, adote-se a teoria da culpa ou do risco. Pela teoria da causalidade imediata, adotada no ordenamento jurídico pátrio, afasta-se o vínculo direto entre a

lei e eventual dano, o qual somente poderá ser imputado à ação da Administração. Pode-se argumentar que, no caso, não haveria outra alternativa ao administrador, senão cumprir a determinação legal. Ora, mas essa é exatamente uma das funções constitucionalmente confiadas ao Poder Executivo, no exercício da administração estatal. O Parlamento edita leis, mas não as executa. Desconsiderar essa premissa significa reduzir a Administração a um mero instrumento do Poder Legislativo. Assim, considerando que toda atividade administrativa lícita deve fiel obediência à lei, seria forçoso concluir que a quase totalidade dos atos administrativos empenharia a responsabilidade do Estado legislador.

Evidentemente, não é essa a conformação dada à divisão funcional dos Poderes. Ademais, o Chefe do Poder Executivo tem participação crucial no processo legislativo, vetando ou sancionando o projeto votado pelo Parlamento. Nesse momento, pode exercer um juízo prévio de constitucionalidade ou verificar se a norma é lesiva ao erário ou ao particular. Sua anuência ao conteúdo de projetos que imponham ônus à Administração atrai a respectiva responsabilidade pelos atos subseqüentes. Caso não concorde com o projeto e seu veto seja derrubado, poderá determinar aos órgãos administrativos que não cumpram a lei ou, para preservar a harmonia com o Poder Legislativo, ajuizar ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto às leis de efeitos concretos, por serem verdadeiros atos administrativos, podem, de per si, ensejar a responsabilidade civil do Estado, sem maiores dificuldades interpretativas.

A lei, portanto, pode até fundamentar uma ação estatal, mas, em geral, é o ato administrativo que causa dano ao particular, fundamentando-se, aí sim – com amparo na teoria da causalidade imediata – a responsabilidade extracontratual do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Em relação às omissões legislativas, reconhecida a supremacia da Constituição e a necessidade de se dar efetividade a suas normas, deve-se buscar solução que não conflite com os ideais democráticos – em especial a separação dos poderes – nem com organicidade do sistema jurídico.

Por tais razões, apesar das críticas ferrenhas à solução constitucional preconizada para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se deve esquecer que o instituto encontra-se inserido no conjunto de mecanismos políticos de controle concentrado de

constitucionalidade, cuja principal característica é a abstração e generalidade dos provimentos. Para não usurpar prerrogativa funcional do Poder Legislativo, as Cortes Constitucionais, na espécie, podem, no máximo, atuar como legislador negativo, extirpando do ordenamento lei contrária à Constituição. Jamais, entretanto, como legislador positivo, criando norma geral e abstrata.

Assim, como forma de manter a estabilidade das instituições democráticas, outra não poderia ser a função da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja simples certificação da mora legislativa pelo órgão encarregado da guarda da Constituição, seria fato extremamente grave em uma sociedade politicamente evoluída, demandando a imediata atuação parlamentar, independentemente da existência de meios formais de coação. Logo, em razão da natureza de seus efeitos, não há como buscar reparação civil em decorrência da declaração de inconstitucionalidade por omissão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal. E não se trata de afastar ao controle do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, em afronta ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e sim de compatibilizar princípios, conforme repetido várias vezes ao longo desse trabalho.

Para solucionar o problema da efetividade, cada ordenamento deve encontrar os mecanismos que melhor se adaptem à sua tradição jurídica. O constituinte de 1988, de forma inovadora, instituiu o mandado de injunção. Diversamente da ADI por omissão, busca-se aqui a declaração da mora legislativa em um caso concreto. Não se pretende, pois, uma declaração geral e abstrata, mas sim a conformação da norma constitucional para que surta efeitos apenas inter partes. Pela via do mandado de injunção, portanto, é possível obter um provimento que conduza à responsabilidade do Estado pela mora legislativa. Contudo, o Supremo Tribunal Federal ainda tem sido tímido em seus julgados, já chegando, até mesmo, a considerar o writ espécie de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, apenas com legitimidade ampliada, atribuindo-lhe, pois, os mesmos efeitos. É compreensível a cautela da Corte Suprema, mormente em uma democracia ainda em formação.

Certamente, o fortalecimento das instituições conduzirá a decisões mais consentâneas com o real objetivo do instituto. Não esquecendo a lição de Calmon de Passos, citada no MI nº 107-QO/DF, pode-se perfeitamente alcançar a máxima efetividade da Constituição, através do mandado de injunção, sem menoscabo de quaisquer princípios constitucionais.

Com julgamento dos MI nº 670/DF, MI nº 708/DF e MI nº 712/DF⁸¹, o STF parece estar escrevendo uma nova página na história do instituto do mandado de injunção, resgatando sua função constitucional. Ao determinar a aplicação da Lei nº 7.783/89 – que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores regidos pela CLT – aos servidores públicos, até a edição de lei específica para a categoria, nos termos do art. 37, VII, da Constituição Federal, a um só tempo reconheceu a ausência de lei regulamentadora e solucionou a questão, para as partes envolvidas no processo, sem precisar invadir a esfera de atribuições do Poder Legislativo. Cumpriu seu papel constitucional sem abalar os pilares da separação dos Poderes.

A conclusão é que, mesmo sem negar a responsabilidade do Estado, é preciso estudá-la no âmbito do contexto jurídico-institucional idealizado pelo Constituinte de 1988, não sendo necessária a quebra da unidade do sistema jurídico nem o desprezo à sua organicidade lógica para deixar sem punição qualquer ato estatal que cause dano ao particular. A estabilidade do ordenamento é essencial ao fortalecimento e preservação da Democracia e, quiçá, do próprio Estado, representando perigoso precedente abrir fissuras em suas bases a pretexto de responsabilizar o Estado legislador.

12 REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Marin Claret, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coords.). **Processo nos Tribunais Superiores**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 437-467.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

⁸¹ Julgados em 25/10/2007 e publicados no D.J. De 06/11/2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Transformações do recurso extraordinário. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 104-121.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **A responsabilidade civil e o nexó de causalidade**. Unopar Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina, v. 1, n. 1, p. 15-21, mar. 2000.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas**. Portugal: Conselho de Económico e Social. Portugal: 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. Ano 7. n. 106. Teresina: Jus Navigandi, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em: 02 jan. 2007

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção. Um instrumento de efetividade da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1977.

MOTA, Maurício Jorge P. da Mota. **A responsabilidade do Estado legislador nos Direitos Argentino, Uruguaio e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro. <www2.uerj.br/~direito/publicações/publicações/Mauricio_mota/mm_12a.html>. Acesso em: 02 jan. 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.061-7/DF**. Relator Min. Ilmar Galvão, D.J. 29.06.2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Acórdão na Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107-3/DF**. Relator Min. Moreira Alves, D.J. 02.08.1991.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Acórdão no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 485087/RS**. Relatora Min. Cármen Lúcia, D.J. 07.12.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Acórdão no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 421828/DF**. Relator Min. Ricardo Lewandowski, D.J. 19.12.2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SALVETTI NETO, Pedro. **Curso de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

A PRESCRIÇÃO E O SEU CONHECIMENTO EX OFFICIO

*Bernardo Alves da Silva Júnior,
Advogado da União, em Teresina-PI
Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Notas distintivas entre prescrição e decadência; 3 Aspectos relevantes da prescrição e sua natureza; 4 O conhecimento de ofício da prescrição e seu procedimento; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO: O presente trabalho aborda a inovação legislativa referente ao reconhecimento de ofício da prescrição, nos termos do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 10.280/2006. Inicia-se com o cotejo entre prescrição e decadência, identificando as características que lhes distinguem. Logo após, empreende-se particular estudo sobre a natureza da prescrição e seus aspectos mais relevantes, concluindo-se, ao final, com análise acerca do seu conhecimento de ofício, destacando-se a necessidade de compatibilizar sua interpretação com as demais normas vigentes no sistema jurídico, em especial a garantia constitucional do contraditório.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição. Natureza. Disponibilidade. Reconhecimento. De ofício. Lei nº 11.280/06. Art. 219, § 5º, do CPC. Contraditório.

1 INTRODUÇÃO

A pendência indefinida no tempo de situações jurídicas gera reflexos prejudiciais à segurança jurídica e à estabilidade das relações sociais. Com vistas à preservação de referidos valores, a prescrição surge como um elemento de controle retratado na delimitação de prazos para o exercício de pretensões amparadas pelo direito.

Dentre inúmeras polêmicas que gravitam em torno do fenômeno jurídico da prescrição, o seu conhecimento de ofício pelo Judiciário sempre foi motivo de acirrados debates entre os estudiosos.

Ao longo da história observa-se que esse tema tem recebido diferenciados tratamentos pelo legislador pátrio. O Código Civil de 1916, em seu art. 166, impedia o conhecimento de ofício da prescrição. Com o advento do Código Civil de 2002, manteve-se essa regra, ressaltando-se a prescrição em benefício de absolutamente incapaz (art. 194 do Código Civil de 2002). A seu turno, o Código de Processo Civil de 1973, na antiga redação do § 5.º do seu art. 219, verberava que o juiz poderia conhecer de ofício da prescrição e decretá-la de imediato, desde que não se tratasse de direitos patrimoniais. Por derradeiro, adveio nova disciplina da matéria com a Lei nº 11.280/06, a qual dá nova redação ao citado art. 219, § 5º, do CPC, consignando que “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

A aplicação dessa novel regra engendrada pela Lei nº 11.280/06 tem gerado algumas controvérsias no âmbito doutrinário, além de dar azo a medidas incongruentes com a natureza da prescrição e com o sistema jurídico vigente, demonstrando carecer de um melhor delineamento técnico.

Com o propósito de fornecer alguns subsídios e fomentar o debate sobre o tema, inicia-se, nas próximas linhas, um breve estudo sobre a prescrição e o seu conhecimento de ofício.

2 NOTAS DISTINTIVAS ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

De início, diante das semelhanças que as aproximam e da não rara confusão que se faz na sua análise, é salutar traçar algumas observações sobre a distinção entre prescrição e decadência.

Ambos são institutos afetos ao próprio mérito da causa. O Código Civil vigente define prescrição no seu art. 189, elencando os prazos prescricionais nos arts. 205 e 206. Os demais prazos previstos

no referido diploma são decadenciais, estando sua disciplina geral abordada nos arts. 207 á 211.

Há algum tempo, com o desígnio de identificar os seus traços distintivos, a doutrina clássica difundia a idéia de que a prescrição era a perda do direito de ação e a decadência a perda do próprio direito material. Tal assertiva, porém, encontra-se totalmente superada na atualidade. Isso porque é consabido que a ação retrata um direito subjetivo público, autônomo e abstrato dirigido contra o Estado-juiz para a obtenção de uma prestação jurisdicional. Assim, a ação jamais prescreve, sendo certo afirmar que mesmo diante da prescrição da pretensão levada a Juízo não há perda do direito de ação, o qual se consolida ante o provimento jurisdicional face à determinada demanda. Tanto é verdade que quando o juiz resolve o processo com fundamento na prescrição, extingue-o com resolução de mérito (art. 269, IV, do CPC).

A prescrição, hoje, é entendida como a sustação da eficácia de uma pretensão pelo seu não-exercício em determinado lapso temporal. A decadência, por sua vez, é a extinção do direito potestativo pelo seu não-exercício em certo espaço de tempo. Eis aí uma primeira distinção.

A pretensão retrata a situação jurídica do credor que dispõe do poder de exigir do devedor o implemento de uma prestação de fazer ou não fazer em razão de violação ao seu direito subjetivo correlato. É, portanto, a exigibilidade do direito subjetivo a uma prestação que nasce de sua lesão (actio nata), segundo se pode depreender da regra encartada no art. 189 do Código Civil. Omitindo-se o respectivo titular de exercer a sua pretensão em determinado espaço de tempo surge a prescrição, instituto jurídico que municia o devedor de uma exceção de direito material apta a neutralizar a exigibilidade do direito subjetivo do credor.

O direito potestativo, a seu turno, é aquele que pode ser exercido pelo seu titular de forma unilateral, independentemente de qualquer comportamento do devedor. Enquanto o direito subjetivo a uma prestação reclama a atuação do devedor no sentido de adimplir a obrigação, de modo que sua omissão gera uma pretensão para o credor, a fruição do direito potestativo encontra-se no exclusivo âmbito de disponibilidade do credor, que, assim, põe o devedor em um estado de mera sujeição.

Nessa linha, os direitos potestativos, por independerem de qualquer ação do devedor, não estão sujeitos a violação, ao revés do

que ocorre com os direitos subjetivos a uma prestação. Assim, ante a sua inviolabilidade, é lícito afirmar que não existe pretensão na esfera dos direitos potestativos, sendo certo, dessa forma, que estes não se submetem à prescrição, mas sim à decadência.

Decorre daí outro critério distintivo das situações jurídicas caracterizadoras da prescrição e da decadência, agora sob o prisma das ações que lhes são correspondentes, concepção idealizada por Agnelo Amorim Filho¹ a partir da classificação dos direitos elaborada por Chiovenda.

Diante da violação do direito subjetivo, o titular ao socorrer-se do Judiciário o faz mediante ação, na ótica processual atual, de natureza condenatória, pela qual busca a imposição ao réu da obrigação de uma prestação. Assim, tendo em conta que prescrição está imbricada com pretensão, forçosa é a conclusão de que apenas pode haver prescrição em sede de ações condenatórias, já que somente estas constituem via hábil para resguardar direitos sujeitos a violação. Nesse ponto, cumpre assinalar que a Lei n.º 11.280/06 veio a corrigir impropriedade constante na revogada redação do § 5.º do art. 219 do CPC, porquanto os direitos não-patrimoniais jamais poderiam dar ensejo à prescrição, uma vez que tal categoria apenas pode caracterizar-se como de direitos potestativos, sujeitos a prazo decadencial ou imprescritíveis.

De outro lado, as ações constitutivas visam à criação, modificação ou extinção de um estado jurídico, não se destinando à obtenção de uma prestação do réu. São, na verdade, o leito processual pelo qual, quando necessário, exercitam-se os direitos insuscetíveis de lesão (potestativos), os quais sofrem os efeitos da decadência, e não da prescrição. Por conseguinte, é possível afirmar que somente nas ações constitutivas (positivas ou negativas), quando não manejadas no prazo especial fixado em lei, pode ser gerada a decadência dos direitos que lhes correspondem.

Por intermédio das ações meramente declaratórias, a seu turno, almeja-se alcançar uma certeza jurídica, sem pretender imediatamente um bem da vida, seja a prestação do devedor, seja a criação, modificação ou extinção de estado jurídico. Assim, o direito veiculado em indigitada categoria de ação não se sujeita nem à prescrição, nem à decadência, sendo tido como imprescritível ou perpétuo. É válido dizer, ainda,

¹ AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. v.300. São Paulo: RT, 1997. p. 725-750.

que as ações constitutivas não sujeitas a qualquer restrição temporal fixada em lei são meios de exercício de direitos perpétuos, podendo ser classificadas também como imprescritíveis.

Sobreleva anotar, ademais, que a prescrição, em princípio, atine a direitos patrimoniais disponíveis, os quais são objeto de relações jurídicas travadas horizontalmente. A decadência atrela-se a direitos indisponíveis, regrados por normas de ordem pública, decorrendo de relações jurídicas entabuladas verticalmente.

Feito esse rápido esboço sobre alguns aspectos que distinguem prescrição e decadência, faz-se conveniente, para os fins desejados, seguir adiante com o estudo individual da prescrição e a sua contextualização no cenário normativo vigente.

3 ASPECTOS RELEVANTES DA PRESCRIÇÃO E SUA NATUREZA

Com apoio no que foi dito precedentemente, é lícito asseverar que a prescrição é o fenômeno jurídico decorrente do transcurso *in albis*, de prazo fixado em lei para o exercício de pretensão pelo titular de direito subjetivo a uma prestação, cuja veiculação deveria dar-se por meio de ação condenatória.

A inércia que gera a prescrição tem como efeito o surgimento de uma exceção de direito material de que passa a dispor o devedor para neutralizar a pretensão do credor. Trata-se de uma exceção substancial peremptória, *ex vi* do disposto no art. 326 do CPC, a qual, uma vez acolhida pelo magistrado, enseja o congelamento da eficácia da pretensão, causando a inexigibilidade da prestação correspondente ao direito subjetivo lesado.

Nesse ponto, convém trazer à baila a precisa lição de Barbosa Moreira, que, detectando imperfeição técnica no texto do art. 189 do CC (“Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”) - pontifica ser desacertada a assertiva de que a prescrição extingue a pretensão. Eis os valiosos ensinamentos do comentado jurista:

Caso se configure realmente a prescrição alegada pelo réu, o órgão judicial julgará improcedente o pedido, mas não porque o autor já nada pretenda, e sim porque o réu, ao alegar a prescrição, tolheu a eficácia a pretensão manifestada. Se a pretensão na verdade

houvesse “extinguido”, jamais seria razoável, omissa que permanecesse o réu, a desconsideração desse fato pelo juiz, com a eventual emissão de sentença favorável ao autor.²

Na rota desse raciocínio é preciso ter em mente que a prescrição apenas susta a eficácia da pretensão, sem extingui-la. Essa concepção fundamenta a possibilidade da renúncia à prescrição pelo devedor mesmo após a consumação desta, o que demonstra a subsistência da pretensão (art. 191 do CC). Releva aditar que se a prescrição não extingue a pretensão, a fortiori não põe termo ao direito subjetivo que lhe é subjacente, tanto que se o devedor voluntariamente resolve adimplir seu débito, a despeito da ocorrência de prescrição, o pagamento será válido e eficaz, não permitindo repetição de indébito (art. 882 do CC).

Outro ponto merecedor de destaque é a possibilidade da prescrição ser alegada em qualquer grau de jurisdição (art. 193 do CC). Se não alegada na contestação, pode ser ventilada em recurso de apelação e até mesmo em impugnação no bojo de processo executivo (art. 475-L, VI, do CPC), nesse caso quando superveniente à sentença. Em sede de recurso especial e recurso extraordinário, tem-se afirmado que não poderá ser alegada a prescrição se não tiver sido pré-questionada nas instâncias inferiores. Cabe alertar, todavia, que vem encontrando eco na doutrina moderna e em parte da jurisprudência, com esteio na Súmula nº 456/STF, a inteligência de que o pré-questionamento refere-se apenas ao juízo de admissibilidade, de modo que, uma vez conhecido o recurso especial ou extraordinário, todas as matérias cognoscíveis a qualquer tempo, dentre as quais se encontra a prescrição, podem ser apreciadas. Nesse sentido, interessante a leitura do acórdão em que se julgou o REsp 609144/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma do STJ.

Não é recente a idéia de que a prescrição é matéria de direito disponível, cuja natureza é patrimonial, situando-se na esfera do juízo de conveniência do devedor, o que sempre impediu o seu conhecimento de ofício pelo juízo, excepcionados os casos de favorecimento a absolutamente incapaz (art. 194 do CC, hoje revogado).

Com o advento da alteração implementada no § 5º do art. 219 do CPC pela Lei nº 11.280/06, a partir de quando está firmado que “o

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Código Civil e o Direito Processual**. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coord.). Salvador: Edições JusPODIVM, 2006. p. 98.

juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”, passou-se a questionar se a prescrição perdeu a qualidade de exceção para adquirir a condição de objeção. A exceção decorre do princípio dispositivo e somente pode ser apreciada se alegada pela parte interessada na forma e prazo legais, podendo sofrer preclusão. A objeção, por sua vez, é corolário do princípio inquisitório, sendo permitido ao juiz conhecer de ofício as matérias que lhe são afetas, caso as partes não as aleguem. A anulabilidade, por exemplo, consubstancia objeto de exceção, já a nulidade, de objeção.

Diante da questão, em que pese o tratamento legislativo conferido ao tema, conduzir à idéia de que a prescrição passa a revestir-se de contornos de ordem pública, alheia ao campo de disponibilidade da parte, tornando-se, assim, matéria de objeção, essa conclusão não se afigura compatível com a essência de tal fenômeno jurídico e com o regramento que lhe é peculiar.

Não resta a menor dúvida de que a gênese da prescrição é de direito material disponível, estando ela umbilicalmente ligada à liberdade do devedor, de modo que sua alegação está a depender unicamente de sua vontade. Tanto é assim que o Código Civil assegura ao devedor a renúncia à prescrição (art. 191), deixando bastante claro o caráter de disponibilidade que lhe é ínsito. Sobre esse aspecto, apesar de opiniões em contrário, impende registrar que as disposições do art. 191 permanecem intactas mesmo após o advento da Lei nº 11.280/06, consoante bem reconhece o Enunciado nº 295 do Conselho da Justiça Federal, in verbis:

295 – Art. 191. A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado.

Nesse cenário, a modificação empreendida no § 5.º do art. 219 do CPC, para autorizar a análise de ofício da prescrição, apresenta-se incongruente com o sistema jurídico vigente, valendo salientar que é censurável a implementação da aludida disciplina em lei dirigida a reformar o Código de Processo Civil, pois se a prescrição atine à matéria meritória, vale dizer, ao direito substancial, forçoso é reconhecer que se trata de instituto cujo regime jurídico deve está contemplado no Código Civil.

Alexandre Câmara³ vai ainda mais longe ao pontificar que a alteração legislativa em testilha é inconstitucional, por malferir valores como a isonomia, adequação, segurança jurídica, bem assim a autonomia da

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Reconhecimento de Ofício da Prescrição**: Uma Reforma Descabeçada e Inócua. A Nova Reforma Processual. Gustavo Santana Nogueira (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

vontade, em manifesta violação à garantia constitucional da liberdade. Nesse sentido, afirma o citado mestre com a propriedade que lhe é peculiar:

[...] a norma ora em exame, ao estabelecer que o juiz tem o poder de reconhecer de ofício a prescrição, invade, de forma absolutamente desarrazoada e irracional, a esfera da autonomia privada dos participantes de uma relação jurídica obrigacional, ao levar o juiz a ter de reconhecer uma prescrição que o prescribente não quer que lhe aproveite.⁴

Assim, resulta inequívoco que a prescrição continua a ser matéria de direito patrimonial disponível da parte e, portanto, abordável em sede de exceção, sendo impossível extirpar-lhe essa característica que lhe é imanente, sob pena de desfiguração da sua essência.

Nessa esteira, é ilógico, v. g., que a parte deixe de argüir a prescrição porque deseja obter a resolução do mérito propriamente dito, a fim de provar que efetivamente não deve e, a despeito disso, o magistrado acolha de ofício a prescrição, tolhendo o direito da parte a uma prestação jurisdicional efetiva e adequada. E não é só. Pense-se no caso em que o devedor, em dúvida, aguarda uma manifestação judicial para ter a certeza sobre a existência e o montante do seu débito, a fim de pagar o que for realmente justo. O eventual acatamento de prescrição *ex officio* frustraria a expectativa do devedor acerca da definição do seu débito, obstando o pagamento de uma dívida possivelmente existente. A reforma em comento fere, assim, a ética que deve permear o sistema jurídico, pois ao autorizar o juiz a impedir que o devedor cumpra a sua obrigação, acaba implementando uma inadimplência forçada, criando uma ruptura entre o processo e a realidade substancial.

Quanto à natureza da prescrição, interessante é a abordagem de Gisele Góes⁵, que, traçando um paralelo com a decadência, fixa-lhes contornos de ordem pública em gradação de acordo com as suas peculiaridades. Por sua clareza, faz-se conveniente a transcrição de sua lição:

[...] existem dois patamares do valor ordem pública, ou seja, a ordem pública absoluta, cujo binômio inseparável que a domina é a da imperatividade + irrenunciabilidade/ indisponibilidade e a ordem pública relativa que detém a marca

⁴ CÂMARA, op. cit.

⁵ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **A prescrição e a Lei n.º 11.280/06**. A Nova Reforma Processual. Gustavo Santana Nogueira (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

da imperatividade, mas não da irrenunciabilidade, podendo ser objeto de livre disposição pela parte, a qual tem total liberdade de exteriorizar sua vontade (fundo patrimonial).⁶

Seguindo esse vetor interpretativo, a decadência será objeto de ordem pública absoluta, quando decorrer da lei; ou de ordem pública relativa, quando for meramente convencional (art. 211 do CC). A prescrição, da mesma forma, será objeto de ordem pública relativa, pois deita raízes em normas imperativas que, no entanto, podem ser renunciadas pelas partes. Com efeito, apesar de o legislador conferir à prescrição maior dose de disponibilidade (arts. 191 e 193 do CC/2002), não se lhe pode extirpar os contornos de ordem pública que a envolvem, sob pena de deturpar diversos ditames encartados no Código Civil (arts. 189, 190, 192, 205, dentre outros).

Percebe-se, então, que a prescrição constitui instituto destinado a garantir a estabilidade e a segurança das relações jurídicas, o que lhe reveste de inegáveis contornos de ordem pública. Contudo, em razão da parcela de disponibilidade que se lhe atribui, acaba escapando do conceito de ordem pública absoluta, qualificando-se, consoante exposto, como objeto de ordem pública relativa.

Desse modo, com a inovação legal em apreço faz-se necessário analisar a prescrição sob o manto da coexistência das normas ora em vigência no ordenamento pátrio, compatibilizando-se os seus inegáveis caracteres de ordem pública (relativa), que, aliás, levaram o legislador a cancelar o seu conhecimento de ofício, com a índole de disponibilidade que lhe permeia.

4 O CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO E SEU PROCEDIMENTO

O reconhecimento de ofício da prescrição levado a cabo pela Lei n° 11.280/06 teve o nítido escopo de implementar maior celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, de modo a evitar inúteis prolongamentos de feitos fadados à extinção em razão do transcurso do prazo prescricional correspondente, em conformidade com a orientação constitucional que indica a necessidade da razoável duração do processo no âmbito judicial e administrativo (art. 5.º, LXXVIII, da CF/88).

Todavia, em razão de sua essência, o objeto da comentada alteração reclama uma análise compatível com a ordem constitucional

⁶ GÓES, *op. cit.*, p. 125.

vigente e com os demais dispositivos legais componentes do sistema jurídico processual pátrio, para que se evite deformidades interpretativas na sua aplicação.

A teor do exposto, cumpre dizer que a prescrição tem em si arraigada a natureza de disponibilidade, característica que não pode ser olvidada no momento da aplicação da regra insculpida no § 5.º do art. 219 do CPC, que, com finalidades de ordem pública, permite o seu conhecimento de ofício pelo Judiciário. Mas como conciliar valores que se entremostam tão contrastantes?

A solução do impasse deve partir de uma exegese lastreada na Constituição Federal, notadamente no tocante à garantia constitucional do contraditório, prevista no art. 5.º, LV, da CF/88. Esse postulado assegura às partes processuais o conhecimento acerca de todos os seus termos, de maneira que nenhuma decisão seja tomada sem conferir-se aos litigantes a possibilidade de participar do procedimento com influência no seu resultado. Trata-se de providência que constitui verdadeiro elemento de legitimação dos provimentos judiciais.

A respeito do assunto, ensina Cândido Dinamarco que:

A participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da idéia, plantada na ordem política, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados.⁷

Essa regra de natureza constitucional prevalece em todo o sistema processual, sendo aplicável, inclusive, em relação às matérias que podem ser conhecidas de ofício. Advém dessa assertiva a intelecção de que a prescrição, embora analisável de ofício pelo magistrado, não pode ser reconhecida antes de ouvidas as partes, sob pena de vulneração do princípio constitucional do contraditório. Além dessa faceta do devido processo legal, é preciso notar que a prescrição encontra-se na seara de disponibilidade da parte, que pode renunciá-la, não podendo essa faculdade ser extirpada unilateralmente ao talante do julgador.

Nessa ordem de idéias, vale salientar que apesar da previsão do art. 295, IV, do CPC, não é permitido ao juiz indeferir a inicial com apoio na prescrição, pois agindo assim estaria ele violando o princípio constitucional do contraditório e invadindo o espaço de liberdade da

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 215.

parte. Em tais casos, compatibilizando a norma processual com a Carta Magna, afigura-se necessário instar a parte contrária mediante citação, para saber se tem ou não interesse em renunciar à prescrição.

É importante registrar que o juízo sobre essa renúncia é exclusivo do devedor, que a realizará de acordo com os seus interesses particulares. Assim, pode fazê-la seja porque quer pagar - reconhecimento do pedido do autor (art. 269, II, do CPC), seja porque quer ver o mérito propriamente dito julgado, para provar que não deve, seja, enfim, porque almeja ter certeza sobre a existência e o limite de sua obrigação.

Nesse cenário, deparando-se com a prescrição da pretensão do demandante, deve o julgador dar início a um incidente contraditório, com a abertura de prazo para o autor e para o réu, a fim de verificar a pertinência do acolhimento da prescrição. A consulta ao autor, que retrata a aplicação do princípio da cooperação, tem o escopo de dar-lhe a oportunidade de suscitar, p. ex., a existência de algum elemento interruptivo ou suspensivo da prescrição (art. 327 do CPC). Quanto ao réu, deve ser ouvido para manifestar sua intenção acerca da disponibilidade da prescrição.

Sobre o tema, bastante elucidativas são as palavras de Didier Jr.8, *in litteris*:

Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. Eis o dever de consultar, próprio de um processo cooperativo. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia.

Comentada garantia do contraditório antes do reconhecimento de ofício da prescrição, aliás, já havia sido expressamente contemplada pelo legislador pátrio no bojo da Lei nº 11.051/2004, que, acrescentando o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, previu a possibilidade, em sede de execução fiscal, do pronunciamento da prescrição intercorrente após a oitiva da Fazenda Pública.

⁸ DIDIER JR., Fredie. **Aspectos Processuais da Prescrição**: Conhecimento Ex Officio e Alegação Em Qualquer Fase do Procedimento. A Nova Reforma Processual. Gustavo Santana Nogueira (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 112.

Dessa forma, em que pese a diversidade de opiniões sobre o tema, cujos reflexos se encontram tanto na doutrina como na jurisprudência pátrias, forçoso é reconhecer que a prescrição pode ser conhecida de ofício pelo Judiciário, a teor da inovação encartada no § 5.º do art. 219 do CPC, mas somente após a oitiva das partes interessadas. Essa é a exegese que mais se coaduna com a própria natureza da prescrição e que se mostra coerente com uma aplicação sistemática das normas vigentes, notadamente no que toca à cláusula constitucional de garantia do contraditório.

Por fim, é válido consignar que a incidência da Lei nº 11.280/2006 deve ser imediata, a teor do disposto no art. 1.211 do CPC, devendo-se atentar para as nuances procedimentais antes já declinadas ao empregá-la nos processos pendentes.

5 CONCLUSÃO

Em favor da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, a prescrição constitui fenômeno jurídico destinado a controlar, mediante fixação de prazos, o exercício das pretensões, evitando que situações jurídicas estendam-se indefinidamente no tempo.

Embora apresentem algumas semelhanças, prescrição e decadência não se confundem. A prescrição é a sustação da eficácia da pretensão pelo seu não-exercício em determinado espaço de tempo. Incide relativamente sobre direitos subjetivos a uma prestação e tem seu termo inicial com a correspondente violação, sendo efetivada por meio de ação condenatória. A decadência, por sua vez, é a extinção de direito potestativo pelo transcurso de lapso temporal fixado. Atine a direitos que não estão sujeitos à violação, já que dependentes de mera manifestação de vontade do seu titular, exercitável mediante ação de natureza constitutiva.

A prescrição tem como um de seus principais efeitos a criação de uma exceção de direito material em favor do devedor, capaz de neutralizar a pretensão do credor, sem, contudo, extingui-la.

A essência da prescrição é de direito material disponível, inserindo-se na esfera de liberdade do devedor, tanto que o Código Civil assegura-lhe o direito de renunciá-la (art. 191), de modo que apesar dos contornos de ordem pública (relativa) que lhe revestem, não é lícito fulminar o seu inerente caráter de disponibilidade.

A regra encartada no § 5º do art. 219 do CPC, portanto, deve ser examinada em conjunto com outras normas que integram o ordenamento

jurídico pátrio, especialmente as de cunho constitucional. Assim, em que pese a possibilidade do reconhecimento de ofício da prescrição pelo magistrado, a legitimidade de tal medida está condicionada à observância do princípio constitucional do contraditório, assegurando-se às partes a participação no julgamento do feito, assim como impedindo-se qualquer invasão na esfera de liberdade do devedor, que tem o direito de renunciar à prescrição que pode favorecer-lhe.

Logo, com a inovação legislativa em apreço, a prescrição pode ser conhecida de ofício, desde que esse ato seja precedido de incidente contraditório pelo qual se garanta às partes a devida ciência e manifestação de vontade.

6 REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. São Paulo: RT, 1997. p. 725-750.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de Ofício da Prescrição: **Uma Reforma Descabeçada e Inócua**. A Nova Reforma Processual. Gustavo Santana Nogueira (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JR., Fredie. Aspectos Processuais da Prescrição: Conhecimento Ex Officio e Alegação Em Qualquer Fase do Procedimento. **A Nova Reforma Processual**. Gustavo Santana Nogueira (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. A prescrição e a Lei nº 11.280/06. **A Nova Reforma Processual**. Gustavo Santana Nogueira (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Código Civil e o Direito Processual. **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coord.). Salvador: Edições JusPODIVM, 2006.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROSENVALD, Nelson. Prescrição: Da Exceção à Objeção. **A Nova Reforma Processual**. Gustavo Santana Nogueira (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEODORO JR, Huberto. Distinção Científica Entre Prescrição e Decadência. Um Tributo à Obra De Agnelo Amorim Filho.” **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coord.). Salvador: Edições JusPODIVM, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. **Parte Geral e Obrigações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

**CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16,
§ 2º. DA LEI N. 8.213, DE 24.7.1991
COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.
9.528, DE 1997**

*Henrique Tróccoli Júnior,
Procurador Federal
Especialista em Direito Tributário pela UFPE.*

Sumário: 1 Introdução; 2 Da compatibilidade horizontal da nova redação do art. 16, § 2º., da Lei n. 8.213, de 1991. 3 Da compatibilidade vertical da nova redação do art. 16, § 2º. da Lei n. 8.213, de 1991; a) Conteúdo do princípio da proteção integral; b) da ofensa ao princípio da isonomia. 4 Conclusão.

RESUMO: O artigo visa demonstrar a compatibilidade vertical e horizontal da nova redação do art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213, de 1991 com o Ordenamento Jurídico e explicitar a incidência dos princípios jurídicos da proteção integral da criança e do adolescente e da isonomia no âmbito do Direito Previdenciário.

PALAVRAS-CHAVE: Previdenciário. Dependência econômica. Menor. Proteção integral. Isonomia.

1 INTRODUÇÃO

Cinge-se este trabalho à análise da compatibilidade vertical do art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213, de 1991 com a redação da Lei n. 9.528, de 1997, em face da Constituição da República de 1988, principalmente com o seu art. 227.

Com a nova redação da Lei n. 9.528, de 1997, o menor sob guarda foi retirado do rol de dependentes dos segurados da Previdência Social.

Eis a redação original e a atual:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

~~I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;~~

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

II - os pais;

~~III - o irmão de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;~~

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

~~IV - a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida. (revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)~~

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

~~§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.~~

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

O texto cortado é o revogado. É bastante ilustrativa a reforma operada pelas Leis nº 9.032, de 1995 e 9.528, de 1997. Observa-se que as mudanças vieram para reduzir a excessiva abrangência da qualidade de dependente. Antes das reformas, não se cobrava sequer vínculo de parentesco ou afinidade para a inscrição como dependente de segurado (ex vi do inciso IV revogado).

É princípio básico de Economia que as demandas são infinitas, mas os recursos, não; por ostentarem a natureza escassa, devem ser bem utilizados, de forma impessoal, em proveito do coletivo, de forma otimizada, para que com o menor dispêndio se consiga os melhores resultados.

É cediço que a Constituição Cidadã foi pródiga na concessão e constitucionalização de direitos, muitas vezes sem prever a necessária fonte de custeio para fazer frente às enormes assunções do Estado.

É dentro desse contexto, ponderando os princípios da proteção especial das crianças e adolescentes; da reserva do possível, da solidariedade, da dignidade da vida humana e da isonomia, que se procurará demonstrar a constitucionalidade da nova redação do § 2º do art. 16, da Lei n. 8.213, de 1991.

2 DA COMPATIBILIDADE HORIZONTAL DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 16, § 2º, DA LEI N. 8.213, DE 1991

No âmbito infraconstitucional, até recentemente, havia se pacificado o entendimento de que o novo art. 16, § 2º prevalecia diante da antiga redação (lex posterior derogat anterior) e do § 3º do art. 33 da Lei n. 8.069, de 1990 (ECA) (lex speciali derogat generalis).¹

¹ Nesse sentido é o seguinte acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 15 de abril de 2004:

Ocorre que este entendimento parece estar mudando, como se vê deste aresto da 5ª. Turma, julgado em 12 de junho de 2006:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO-OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MENOR E ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA.

1. Incabível ação rescisória quando inexistente ofensa a literal disposição de lei (art. 485, inciso V, do CPC).

2. A Lei n.º 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado.

3. Ocorre que, a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal – dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, e § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – é conferido ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90).

Precedentes da Quinta Turma.

4. Recurso especial desprovido.”(STJ–5ª. Turma–REsp 817.978/RN – rel. Min. Laurita Vaz – un. – DJ 01.8.2006, p. 537).

Recentemente, na Apelação Cível em Ação Civil Pública n. / MA, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região acolheu incidente de inconstitucionalidade da exclusão do menor sob guarda do rol dos dependentes previdenciários.

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MENOR SOB GUARDA. EXCLUSÃO DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.

1. Esta Corte já decidiu que, tratando-se de ação para fins de inclusão de menor sob guarda como dependente de segurado abrangido pelo Regime Geral da Previdência Social - RGPS, não prevalece o disposto no art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e Adolescente em face da alteração introduzida pela Lei nº 9.528/97.

2. Precedentes.

3. Recurso provido.”(STJ – 6ª. Turma – REsp 503.019/RS – rel. Min. Paulo Gallotti – un. – DJ 30.10.2006, p. 426).

Em outra linha, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – interpôs embargos de divergência (EREsp n. 602.483/SC , rel. Min. Hamilton Carvalhido), visando uniformizar a jurisprudência sobre a matéria no seio do Superior Tribunal de Justiça.

A análise das premissas que fundamentam a tese pela inconstitucionalidade da exclusão do menor sob guarda é exposta a seguir.

3 DA COMPATIBILIDADE VERTICAL DO ART. 16, § 2º, DA LEI N. 8.213, DE 1991. ²

² Embora não tenha abordado o tema com base nas premissas ora combatidas, o STF já teve oportunidade de reconhecer a constitucionalidade do menor sob guarda, ao menos no que pertine à alegação de direito adquirido. Observe-se a seguinte decisão do Ministro Joaquim Barbosa:

AI 536909 / RN

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a)

Min. - JOAQUIM BARBOSA DJ DATA-28/04/2005 P 00017

Julgamento

11/04/2005

Despacho

DECISÃO: Trata-se de agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) por intempestividade. 2. O recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público Federal - na qualidade de custos legis em ação ajuizada por menor incapaz - de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª região cuja ementa tem o seguinte teor (fls. 141): “PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR DESIGNADO. ANTES DA LEI 9.032/95. EXPECTATIVA DE DIREITO. ÓBITO DO SEGURADO POSTERIOR A REFERIDA LEI. - A inscrição de menor, como dependente de segurado, realizada antes da vigência da Lei nº 9.032/95, que revogou o inciso IV, do art. 16, da Lei nº 8.213/91, não gera direito adquirido, mas, tão só, expectativa de direito. - Apelação e remessa oficial providas.” (fls. 51) 3. Alega-se, no recurso extraordinário, violação da proteção constitucional ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI).

É o breve relatório. Decido. 4. O recurso extraordinário é tempestivo e merece ser conhecido. Com efeito, a intimação pessoal do Ministério Público deu-se em 18.04.2001, conforme informa a certidão de fls. 56, esgotando-se o prazo para o recurso apenas em 18.05.2001. Assim, mostra-se tempestivo o recurso interposto em 17.05.2001. 5. Quanto, ao mérito, contudo, entendo que o Tribunal a quo aplicou corretamente o art. 5º, XXXVI, da Constituição federal. 6. O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência acerca da inexistência de direito adquirido a regime jurídico (cf. o recente julgamento da ADI 3.105). 7. Se, na ação, pleiteia-se concessão de benefício de pensão por morte a menor designado como dependente nos termos do art. 16, IV, da Lei 8.213/1991, e verificando-se que esse tipo de designação foi extinta, em 1995, pela Lei 9.032, não há direito adquirido ao benefício nos casos em que o falecimento do beneficiário tenha ocorrido depois da alteração legislativa. 8. É o que ocorre na espécie, visto que o beneficiário que designou a menor faleceu em 08.10.1998, depois, portanto, da alteração do regime jurídico aplicável. 9. Do exposto, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 11 de abril de 2005. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator”. No mesmo sentido: REX n. 414.993/PB, rel. Min. Joaquim Barbosa e AI n. 532.396/RN, rel. Min. Joaquim Barbosa.

A - CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Para precisar o conteúdo do princípio da proteção especial da criança e do adolescente, verdadeiro subprincípio do Princípio da Dignidade da Vida Humana, socorremos-nos da legislação específica:

Assim, o art. 1º. diz que o ECA cuidará da proteção integral à criança e ao adolescente; o art. 3º. anota que as disposições normativas contidas na Lei n. 8.069, de 1990 não esgota o rol de medidas de proteção e que esta decorre diretamente do Princípio da Dignidade da Vida Humana; já o art. 4º. cuida do dever solidário da família, sociedade e Estado de assegurar a prioridade das crianças e adolescentes. Essa prioridade é delimitada no parágrafo único. O art. 6º dirige-se aos aplicadores e determina que a interpretação dos dispositivos legais devem levar em conta os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum.

No Capítulo II, como expressão do direito à dignidade, diz o inciso V que a criança e o adolescente têm direito a participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação. No art. 18, reafirma o dever solidário de todos (família, sociedade e Estado) de pôr as crianças e adolescentes a salvo de qualquer tratamento desumano, violento etc.

No Capítulo III, logo no início, afirma, o ECA, que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, consubstanciando verdadeiro norte interpretativo à definição do princípio da proteção integral.

Diz que o dever de sustento é, em princípio, atribuído aos pais, assim como a guarda e a educação dos menores. E que a necessidade financeira não é motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder.

Prevê, o Código, a possibilidade de colocação do não-emancipado em família substituta. É da teleologia do ECA a manutenção do menor numa estrutura familiar, como condição *sine qua non* para a proteção integral. Diz que isso se dará por meio de guarda, tutela e adoção.

Tanto a guarda como a tutela implicam no reconhecimento do encargo, mediante termo nos autos.

Ao dispor especificamente sobre a guarda, no ponto que nos interessa, prescreve os deveres que lhe são inerentes: prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente.

Esclarece que a guarda destina-se a regularizar situação da posse de fato e que tem lugar, em regra, nos procedimentos de tutela e adoção. Tem natureza provisória, temporária. Pode-se concedê-la, excepcionalmente, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

Em preceito dirigido ao Poder Público, acentua a sua forma de participação, que deverá incentivar o acolhimento das crianças e dos adolescentes em forma de guarda, por meio de medidas de renúncia fiscal, subsídios e assistência jurídica.

Lá nas disposições gerais de Acesso à Justiça, o art. 142 prescreve que a representação e assistência dos menores de 21 anos dar-se-á por seus pais, tutores e curadores, na forma da legislação civil.

Então, o Princípio da Proteção Integral se constitui numa série de diretrizes, providências e incumbências, dirigidas à Família, à Sociedade e ao Estado, que tem por objeto a prioridade das crianças e dos adolescentes na eleição das políticas públicas, de modo a que venham a se desenvolver num ambiente sadio e promissor.

Proporcionar um ambiente sadio ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes é dever jurídico da Família, da Sociedade e do Estado. Na ausência de cada um destes entes, os outros assumem as atribuições do ente ausente, de modo que jamais o menor se encontre desamparado ou haja riscos à sua integral proteção. Ou seja, há casos de responsabilidade concorrente, há casos de responsabilidade subsidiária.³

Assim, há inconstitucionalidade quando um ato legislativo fere uma norma constitucional.

A norma tida por malferida é o art. 227, que cuida do Princípio da Proteção Integral das Crianças e Adolescentes.

José Afonso da Silva comenta:

Essa família, que recebe a proteção estatal, não tem só direitos. Tem o *grave dever*, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente enumerados no

³ É o que parece defender Dalmo de Abreu Dallari, em comentário ao art. 4º. da Lei n. 8.069, de 1990. In **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais**. CURI, Muniz (coord.), 4ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 37-41.

art. 227: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão é exigência indeclinável do cumprimento daquele dever.

[...]

A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças e adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como os direitos previdenciários e trabalhistas, mas estatui importantes normas tutelares dos menores, especialmente dos órfãos e abandonados e dos dependentes de drogas e entorpecentes (art. 227, § 3º) (grifo nosso)”⁴

Tomando como base o texto do mestre, vê-se que inúmeros direitos foram estendidos à criança e ao adolescente. Aliás, a Constituição Federal foi pródiga na distribuição de direitos e sovina na indicação dos meios para obtenção das receitas que fazem frente a tais direitos.

Tal situação já está sendo sentida, não só no Brasil, como nos demais países que adotaram a Social Democracia, vindo talvez a cuminar no princípio da reserva do possível, cuja essência é limitar a concretização de normas programáticas e veiculadoras de direitos subjetivos em face da insuficiência de recursos do Estado.

Em vista disso, constatou-se que não só o Estado deve zelar pela Proteção Integral da Criança e do Adolescente, mas também a sociedade e, principalmente, a Família.

Na prática previdenciária, a sociedade brasileira, fértil em criar mecanismos de sobrevivência, enxergou no art. 33 da Lei n. 8.069, de 1990, uma oportunidade a mais: estender a percepção de pensão por morte.⁵

⁴ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 849.

⁵ Esta situação já foi sentida pela Jurisprudência:

“Guarda de menor pela avó. Fins previdenciários. Precedentes da Corte.

1. São inúmeros os precedentes da Corte no sentido de que a “conveniência de garantir benefício previdenciário ao neto não caracteriza a situação excepcional que justifica nos termos do ECA (art. 33, parágrafo 2º), o deferimento de guarda à avó” (REsp nº 82.474/RJ, de minha relatoria, DJ de 29/9/97).

Um parente, geralmente os avós, titular de benefício previdenciário, acolhia outro parente para que quando ocorresse o óbito, o menor continuasse a perceber a pensão, evitando assim a extinção do benefício em função do Fundo, mantendo a renda familiar no patamar existente.⁶

A guarda, como cediço, é um estado de fato. Após ser traduzido em linguagem competente (sentença judicial) confere direitos e estabelece obrigações para o guardião e para o menor.

Muitas vezes sequer existe lide. O processo é voluntário. Há anuência dos pais. O juízo declara o estado de fato. Não se perde o poder parental. A previdência social sequer atua no feito, embora o documento possa ser contra ela utilizado.⁷

Ou seja, embora judiciliizada, a guarda rendia ensejo a fraudes e a utilização do documento contra a Previdência importava em ofensa à ampla defesa.

A responsabilidade do Estado, enquanto Previdência, de subsidiária passava para principal. Subvertia-se a ordem prestigiada na Constituição – do privado ao público, para responsabilizar o Estado pela ausência familiar.

A interpretação pela inconstitucionalidade do novo § 2º. do art. 16 da Lei n. 8.213, de 1991 não leva em conta que ao lado do princípio da proteção integral vige o princípio da solidariedade entre família,

2. Recurso especial não conhecido." (STJ – 3ª. Turma – REsp 696.204/RJ – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – un. – DJ 19.9.2005, p. 325).

6 No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

"DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. GUARDA COMPARTILHADA ENTRE OS AVÓS MATERNOS E OS GENITORES. NÃO COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÃO PECULIAR ELENCADE NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

01. A guarda de infante somente pode ser concedida para atender situações peculiares ou suprir eventual falta dos pais, ressalvadas as hipóteses de procedimentos de tutela ou adoção.

02. Não há previsão legal para guarda apenas em razão de situação econômica privilegiada dos avós maternos, se a criança reside na companhia de seus genitores, que exercem regularmente o poder familiar.

03. O fato dos pais não possuírem condições financeiras para cuidar da criança não autoriza a concessão da sua guarda aos avós maternos, apenas para que o menor possa ser eventualmente incluído como beneficiário de assistência médica e previdenciária.

04. Recurso de apelação conhecido e não provido."

7 Anuindo à forma do procedimento, mas ressalvando a necessidade de justificação, é a posição de [...] In Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado e Interpretado de acordo com o Novo Código Civil. 2ª. ed., São Paulo: LEUD, 2004, p. 50: "A guarda, ainda, confere à criança e ao adolescente a condição de dependentes para todos os fins de direito, inclusive previdenciários (§ 3º); destaca-se, quando for requerida para este único fim, a desnecessidade de contraditório, não se dispensando, entretanto, justificação.

sociedade e Estado e que este deve ser a ultima ratio, pois seus recursos são escassos e há demanda enorme de necessitados para fazer frente.

Em países desenvolvidos o Estado não assume funções familiares típicas – dever de sustento –, estas ficam a cargo da família. O Estado intervém quando há o abandono do menor, acolhendo-o em suas instituições ou fornecendo-lhe uma família substituta. E é este espectro que fora desenhado na Carta Magna. Esta é a diretriz que um país e uma sociedade, que pretendem se desenvolver, devem aplicar.

Se há prioridade da família com relação ao Estado, não há como se declarar a inconstitucionalidade da norma revogadora, pois cabe à família, em primeira instância, zelar pela subsistência do menor sob guarda.

Com esse entendimento não concorda João Ernesto Aragonés Vianna, mas por outra razão, por entender que a exclusão do menor sob guarda discrimina os filhos e qualquer forma de discriminação entre os filhos é vedada pela Constituição Federal.⁸ Ou seja, equipara o menor sob guarda ao filho. Tal ilação, contudo, não se sustenta diante da necessidade de demonstração da dependência econômica para aquele e sua dispensa para este.

Portanto, há de se questionar: uma situação de fato, provisória, atende ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente ou é do interesse dos princípios que informam a Constituição Federal fornecer à criança e ao adolescente mecanismos mais perenes, estáveis e de regulamentação jurídica mais extensa?

A inscrição como dependente de segurado exige mais que uma situação de fato, como observaremos na impugnação à próxima premissa.

B. DA SUPOSTA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Não há ofensa ao princípio da isonomia e o menor sob guarda não nos parece equiparado aos filhos.

Os traços do Princípio da Isonomia foram descritos de forma insuperável por Celso Antônio Bandeira de Mello, na sua obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Afirma, com prioridade, o Mestre:

8 O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90 –, entretanto, determina no art. 33, § 3º, que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Por essa razão, entendemos que o menor sob guarda, comprovada a dependência econômica, é equiparado a filho para efeitos previdenciários." (VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Editora LTr, 2006. p. 206).

Parece-nos que o reconhecimento das diferenças que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.”⁹

Assim, há de se ter um fator de desigualação razoável, um fundamento racional ou lógico a justificar a discriminação e que o tratamento jurídico diferenciador seja albergado por princípio ou norma constitucional.

Com base nessas premissas, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade entre a possibilidade de se inscrever o tutelado e não o menor sob guarda como dependente.

No primeiro plano de pesquisa apontado pelo festejado autor, temos que o fator de desigualação é o direito à inscrição como dependente junto à Previdência Social. Os menores sob guarda pura não o têm; os tutelados o possuem.

Esse fator de desigualação é justificável racionalmente? Sim, porque a tutela e a adoção são o instrumento por excelência de colocação em família substituta, melhor medida de proteção aos órfãos e abandonados. E também porque a tutela atende melhor ao princípio da proteção integral.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Melheiros Editora, 2001. p. 21-22.

Desse modo, observa-se que a supressão do menor sob guarda do rol dos dependentes previdenciários decorre de uma coerência lógica da incompatibilidade da guarda com o benefício em tela, pois a guarda é um instituto de proteção provisória que antecede um processo principal de tutela ou adoção. Ou seja, a proteção do ECA para fins previdenciários se limita ao tempo em que o menor não tem quem o assista até a definição de um processo principal.

A tutela, de outro lado, ao mesmo tempo que permite a concessão de benefícios previdenciários na qualidade de dependente, exige requisitos próprios para o reconhecimento.

De fato, assim estabelece o artigo 36, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art.36 [...]

Parágrafo único. O deferimento da tutela *pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder* e implica necessariamente o dever de guarda. (grifo nosso)

Vimos, nas palavras do mestre constitucionalista, que mereceu especial atenção da Constituição a proteção aos órfãos.

A tutela é forma de colocação do menor em família substituta. A guarda é passo preparatório nos processos de tutela e adoção.

Neste íterin prescreve o art. 227, § 3º, da Constituição:

§ 3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

VI – estímulo do Poder Público, através da assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Esse inciso é de suma importância para a interpretação da relação entre guarda e proteção especial.

Fixada a primeira premissa no sentido de que a responsabilidade do Estado é subsidiária em relação à família e à sociedade (a ordem contida no art. 227 é relevante para fins interpretativos), e interpretando sistematicamente todo o artigo 227, observa-se que a guarda judicial, em procedimentos preparatórios para colocação em família substituta (tutela e adoção), visando tutelar especialmente os órfãos e menores abandonados, confere o direito à inscrição do menor como dependente previdenciário.

Esta é a solução que melhor resguarda os interesses do menor e que viabiliza a proteção especial, pois lhe confere não só uma vantagem financeira, mas a inserção em outra estrutura familiar, que por sua vez lhe proporcionará toda a gama de direitos prescritos pela Constituição. Esta é a teleologia do dispositivo e a forma pela qual se compatibilizam os diversos enunciados normativos, constitucionais ou infraconstitucionais.¹⁰

Não é por qualquer razão que o Estatuto da Criança e do Adolescente começa a Seção III com o Título Da Família Substituta.

Dentro dessa ótica, não há como enxergar inconstitucionalidade na nova redação do § 2º. do art. 16 da Lei n. 8.213, de 1991, já que lá se encontra transcrito o direito do menor tutelado ser inscrito como dependente previdenciário.

Ressalte-se que a concessão de incentivos será feita na forma da lei, de modo que não se pode alegar qualquer ofensa a direito adquirido quando o óbito ocorreu após a primeira edição da Medida Provisória n. 1.523, de 1996.

4 CONCLUSÃO

Retira-se do exposto que seja no plano horizontal ou vertical, a alteração procedida no art. 16, § 2º. da Lei n. 8.213 é plenamente compatível com o Sistema Normativo e presta-se a conciliar os diversos interesses e princípios incindíveis na relação previdenciária, pois confere segurança jurídica e dignidade à criança e ao adolescente, quando lhe proporciona o ingresso em família substituta; atende à norma programática prevista no art. 227, § 4º, da Constituição da República e ao princípio do equilíbrio atuarial da Previdência Social, quando previne fraudes de toda sorte.

¹⁰ Como leciona Yussef Said Cahali: “De qualquer forma, o dispositivo serve para reafirmar a opção do legislador pelo sistema de guarda do menor em família substituta como sendo a melhor maneira de ensinar à criança ou adolescente órfão ou abandonado a preservação de um ambiente familiar propício ao seu desenvolvimento pessoal, afetivo e psicológico, em consonância, aliás, com o princípio enunciado no art. 19 do Estatuto [...]. (Comentários ao art. 34 da Lei n. 8.069, de 1990. **In Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentário s Jurídicos e Sociais. CURY, Munir (coord.). 6ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p 149.

A NOVA REDAÇÃO DO § ÚNICO DO ART. 876 DA CLT E SUA APLICAÇÃO IMEDIATA

*José Evaldo Bento Matos Júnior,
Procurador Federal
Especialista em Processo Civil e
Direito do Consumidor pela UECE.*

SUMÁRIO: 1 Considerações Preliminares; 2 Síntese Histórica; 3 Da Perda da Eficácia da Súmula 368 do TST; 4 As Interpretações sobre a Aplicação do Novo § Único do ART. 876 da CLT; 5 A Interpretação Constitucional do § Único do ART. 876 da CLT; 6 Conclusão.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a aplicação dos novos dispositivos celetistas, alterados pela Lei 11.457/2007, sobretudo, do parágrafo único do art.876, em que o legislador, interpretando o art.114, VIII da CF, determinou que compete à Justiça do Trabalho a execução *ex-officio* das contribuições sociais resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido. Desta forma, esse estudo traz as divergências doutrinárias sobre a aplicação imediata da alteração legislativa nos processos pendentes, inclusive, com decisões divergentes no próprio TST e nosso entendimento sobre a revogação tácita da Súmula 368 daquele tribunal que versava sobre esse palpitante tema.

PALAVRAS-CHAVE: Atos Processuais. Aplicação Imediata. Interpretação. Execução da Contribuição Previdenciária.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A execução fiscal das contribuições sociais na Justiça do Trabalho desde a EC 20/98 sempre gerou interpretações destoantes, entre outras questões, os limites da competência da Justiça do Trabalho, principalmente no que tange a questão do pagamento da Contribuição Previdenciária sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

Com o advento da Lei 11.457/2007, que alterou o § único do art.876 da CLT, outra questão gera polêmica, qual seja, a aplicação deste novo dispositivo nos processos em andamento, em que não se executou as contribuições previdenciárias, de todo o período contratual reconhecido pela Justiça do Trabalho.

Assim, é sobre esse palpitante tema que se discorre nesse artigo, sem o intuito de darmos a palavra final, mas apenas trazer novos elementos, talvez ainda não abordados.

2 SÍNTESE HISTÓRICA

Após muita celeuma nos mais diversos Tribunais Regionais do Trabalho sobre a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias oriundas do vínculo empregatício, o TST por meio da Resolução 129/2005, edita a Súmula 368, entende que a Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que proferir, alcançando as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, objeto de acordo homologado em juízo. (ex-OJ nº 141 - Inserida em 27.11.1998).

Não obstante, interpretação contrária a esse entendimento fervilhava entre os próprios Ministros do TST, quando então, em 10.11.2005, o pleno do TST reeditou o Enunciado 368, passando a declarar a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para executar as contribuições oriundas do reconhecimento no vínculo empregatício.

Em março de 2007, foi publicada a Lei 11457, que alterando a redação do § único do art. 876 da CLT, passou a ter o seguinte conteúdo:

Serão executadas ex-officio as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes

e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

3 DA PERDA DA EFICÁCIA DA SÚMULA 368 DO TST

Sob fundamento de que os valores arrecadados na Justiça do Trabalho pela Previdência Social são recolhidos a um fundo específico do INSS e não diretamente à conta do trabalhador, na Previdência e nesse diapasão trata-se de uma injustiça com o trabalhador e um despropósito a Justiça do Trabalho garantir a arrecadação do tributo sobre o dinheiro do trabalhador, que não tem a contagem de tempo reconhecida para a aposentadoria e fica sem os próprios valores recolhidos, por isso passou-se a entender que a Justiça do Trabalho tem competência restrita às decisões em que há condenação da empresa ao pagamento de parcelas trabalhistas e sobre os valores resultantes de acordos entre as partes

Dessa forma, em 10.11.2005, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho decidiu, por maioria de votos, que não cabe à Justiça do Trabalho a cobrança das contribuições devidas ao INSS sobre as ações declaratórias, nas quais é reconhecido o vínculo de emprego do trabalhador. A execução do tributo pela JT ficaria restrita às decisões em que há condenação da empresa ao pagamento de parcelas trabalhistas e sobre os valores resultantes de acordos entre as partes.

Data *máxima vênia*, os Ministros do TST confundiram a relação tributária com a concessão de benefícios previdenciários pelo INSS que tem fundamentos jurídicos totalmente diversos da execução fiscal.

Outrossim, como advento da Lei 11457/2007, a aplicação da Súmula 368 do TST perdeu sua razão de ser, uma vez que não restam dúvidas sobre os limites da competência da Justiça do Trabalho, no que se refere à execução das contribuições sociais, oriunda de suas próprias decisões.

Atualmente, a grande celeuma gira em torno da aplicação do novo dispositivo legal aos processos pendentes.

4 AS INTERPRETAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO NOVO § ÚNICO DO ART.876 DA CLT

A nova redação do dispositivo em epígrafe, trouxe basicamente duas correntes sobre a sua aplicação nos processos em andamento. Vejamos:

A) TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS

Segundo essa corrente, sem ignorar as fases processuais, que o processo constitui-se de uma sucessão de atos legalmente regulados e raciocina com a suposição de que a lei nova deve ser melhor do que a anterior.

Nesses termos, aplicar-se-á a lei velha ao ato processual em desdobramento, mas a lei nova aos atos processuais posteriores, independentemente da fase em que se encontrar. Trata-se do “**sistema do isolamento dos atos processuais**”, segundo o qual não há como falar nem em retroatividade nem em irretroatividade, mas em aplicação imediata da lei processual. Por isso é correto o entendimento de que as leis processuais novas tem eficácia atual e futura, não podendo afetar a atividade processual já definitivamente cumprida dentro do processo, nem as situações jurídico-processuais já adquiridas.

O TST tem decisão nesse sentido. Vejamos a Ementa:

(AIRR - 2109/2001-006-08-40 - DJ - 10/08/2007)

A priori devo ressaltar que embora o art. 114, VIII, da CF/88, com a redação da EC 45/04, consubstancie norma de ordem pública, que confere ao magistrado trabalhista a competência para a execução de ofício das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes da sentença que proferir, tal preceito não obsta a aplicação do instituto da preclusão às contribuições previdenciárias, nos termos da regra contida no art. 879, § 3º da CLT.

Isso porque as normas constitucionais devem ser analisadas em seu conjunto, por formarem um sistema único. Assim, não existem princípios absolutos, devendo ser considerados os limites impostos por outros princípios, os quais podem, no caso concreto, entrar em colisão uns com os outros.

Portanto, a despeito da norma contida no art. 114, VIII, da CF/88 prever a execução de ofício das contribuições previdenciárias, a segurança jurídica, também consagrada constitucionalmente, por meio do art. 5º, XXXVI, garante a aplicabilidade da preclusão, disposta em norma infraconstitucional.

B) O NOVO § ÚNICO DO ART.876 DA CLT TRATA DE COMPETÊNCIA MATERIAL

Segundo essa corrente, o § único do art.876 da CLT refere-se a competência material da Justiça do Trabalho, no que tange as delimitações da execução da contribuição previdenciária, nos termos do art.114, VIII da CF/88.

Dessa forma, não há que se falar em isolamento dos atos processuais, já que se trata de competência material, portanto, nos processos em andamento, caberá à Justiça do Trabalho executar as contribuições sociais, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

O TST também tem decisão nesse sentido, vejamos:

(AIRR - 1574/2002-006-08-40 - DJ - 10/08/2007)

O recurso não merece prosseguir. A egrégia Turma pautou sua decisão com fundamento no mencionado art. 114, inciso VIII, da Constituição, asseverando que Agora, com o acréscimo do inciso VIII da CF/88, dúvida não pode haver acerca da competência desta Justiça Especializada para, de ofício, determinar o recolhimento de contribuições previdenciárias sempre que reconhecer a existência de vínculo empregatício.

Assim, não há falar extra petita ou em violação à coisa julgada material porque, como já se disse, trata-se de matéria de ordem pública, havendo previsão constitucional da possibilidade de seu deferimento de ofício. (fl.182).

5 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO § ÚNICO DO ART. 876 DA CLT

Um dos desafios da interpretação do art. 114, VIII da CF é a verificação dos seus limites, para verificar se deve ser interpretado restritivamente (ou seja, sendo de competência apenas a consequência do que se condenar) ou se abrange a possibilidade de condenação e execução em todas as contribuições previdenciárias decorrentes da relação de trabalho.

Com efeito, a alteração legislativa em debate não trata de regra a inovar de forma ampliativa a competência da Justiça do Trabalho. A norma em foco não estatui nova competência, apenas tenta tornar mais claro preceito pré-existente, incrustado na CLPS, com o fito de assentar aceso dissídio jurisprudencial.

É patente que o art. 114, VIII, da Constituição Federal alude, genericamente, a sentenças, não excluindo, portanto, aquelas de cunho declaratório.

Tal distinção, aliás, seria de todo indesejável, na medida em que, com base em tal classificação, as contribuições previdenciárias seriam executadas na Justiça do Trabalho, se houvesse caráter condenatório ou na Justiça Federal, sendo declaratório o provimento.

A compreensão não se afigura razoável, na medida em que em um e outro caso as contribuições sociais serão qualificadas e quantificadas pela natureza da relação jurídica de que germinam: o contrato individual de trabalho.

A competência em razão da matéria é absoluta e, portanto, a questão de ordem pública, podendo ser conhecida pelo órgão julgador a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Se há Justiça Especializada não se justifica a bipartição de competência. O interesse público e o bom senso aconselharão que aquele que bate às portas do Judiciário, via Justiça do Trabalho, aí tenha solvidas todas as questões decorrentes de sua irresignação, quando acolhida.

O pagamento das contribuições sociais e o conseqüente reconhecimento previdenciário do tempo de serviço são de fundamental importância para quem, contrastando o propósito irregular do mau empregador, vê reconhecida a existência de contrato individual de trabalho. Obrigá-lo (porque o interesse não pertencerá apenas à Autarquia) a reiniciar marcha processual, em outro ramo do Poder, seria desafio de discutível sobriedade.

A condenação imposta pelo título executivo, ainda que consista, em tese, somente, em obrigação de fazer (registro de CTPS), decorre do prévio reconhecimento de relação de emprego, fato jurídico hábil ao surgimento do crédito da seguridade social.

Outrossim, *a máxima efetividade* é norma princípio de interpretação constitucional destacado pela moderna doutrina como condição indispensável para que a atividade hermenêutica se manifeste em toda a sua extensão e complexidade. O princípio da máxima efetividade determina que na interpretação das normas constitucionais deve atribuir-lhes o sentido que lhes empreste maior eficácia ou efetividade.

6 CONCLUSÃO

Em face do exposto, considerando que a nova redação do § único do art. 876 da CLT trata da competência material da Justiça do Trabalho, entende-se com amparo no art. 114, VIII da CF, que o novo dispositivo celetista tem aplicação em todos os processos em andamento junto à Justiça do Trabalho, não havendo preclusão que impeça a cobrança do crédito previdenciário oriundo da condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

A SUPREMACIA NORMATIVA DAS DECISÕES CONSTITUCIONAIS DO STF E O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Luís Carlos Martins Alves Jr, Bacharel em Direito, Universidade Federal do Piauí – UFPI, Doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Professor de Direito Constitucional da Escola da Advocacia-Geral da União – EAGU.

SUMÁRIO: 1 A decisão objeto do recurso de agravo fazendário; 2 O agravo regimental fazendário; 3 A Ação Rescisória n. 1.788; 4 Os aspectos processuais da AR 1.788; 5 A litigância de má-fé da Fazenda Nacional e o sistema recursal brasileiro; 6 Conclusão.

RESUMO: O presente artigo nasceu de Memorial Analítico fazendário, de nossa lavra, submetido a apreciação dos senhores Ministros do STF, nos autos da Ação Rescisória n. 1.788. Cuida-se, em verdade, de agravo regimental fazendário interposto em face de decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, à época Relatora do aludido feito, que não conheceu da referida ação rescisória proposta pela Fazenda Nacional porquanto ajuizada contra decisão singular, em vez de ser ajuizada contra o acórdão colegiado. A matéria tributária subjacente é o direito de creditamento do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, nas hipóteses de produtos isentos, não-tributados ou tributados à alíquota-zero.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional. Tributário Processual. Ação Rescisória. Supremacia Normativa das Decisões Constitucionais do STF. Princípio da Instrumentalidade do Processo. Isonomia e Justiça Tributária. IPI. Creditamento.

1 A DECISÃO OBJETO DO RECURSO DE AGRAVO FAZENDÁRIO

Cuida-se de decisão da Ministra Ellen Gracie (relatora originária da Ação Rescisória n. 1788) que julgou extinta, sem julgamento do mérito, a mencionada ação rescisória vazada nesses termos:

1. Trata-se de ação rescisória ajuizada pela União em desfavor de Nitriflex S/A Indústria e Comércio, com base nos arts. 485, V e IX, do Código de Processo Civil e 259 do RISTF, visando desconstituir decisão monocrática proferida pelo Min. Néri da Silveira no AI 313.481/RJ, com o seguinte teor (fl. 170):

DESPACHO: Vistos. Trata-se de agravo de instrumento contra despacho do ilustre Senhor Juiz Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, que negou seguimento a recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, alínea “a”, da Constituição Federal.

2 O agravo não comporta seguimento.

3. Ao julgar caso análogo ao dos presentes autos, RE 212.484-RS, publicado no DJU de 05/03/1998, relator para o acórdão o eminente Ministro NELSON JOBIM, o Plenário desta Corte, assim decidiu:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO INCIDENTESOBREINSUMOS.DIREITODECRÉDITO.PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção. Recurso não conhecido.”

Em face do exposto, estando a decisão agravada em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, com apoio no art. 38, da Lei n.º 8.038, de 1990, combinado com o art. 21, § 1º, do Regimento Interno, nego seguimento ao agravo.

Publique-se.

Brasília, 7 de dezembro de 2000.” (Fl. 170)

A autora sustenta, preliminarmente, o cabimento da presente ação rescisória ajuizada em 15.04.2003, tendo em vista a ocorrência do trânsito em julgado, em 18.04.2001 (fl. 184), da decisão rescindenda, a qual também consubstancia decisão de mérito, nos termos do art. 485, caput, do Código de Processo Civil.

No mérito, a União alega, em síntese, o seguinte:

a) ocorrência de erro de fato (art. 485, IX, do Código de Processo Civil), visto que a decisão rescindenda pressupôs que a lide versava sobre a possibilidade de creditamento de IPI em decorrência de insumos adquiridos sob o regime de isenção territorial, quando, na verdade, tratava-se de insumos adquiridos sob o regime de alíquota zero e de uma isenção de caráter nacional. Assim, para negar seguimento ao recurso extraordinário, a decisão rescindenda teria partido de premissa de fato absolutamente equivocada;

b) existência de violação a dispositivo de lei (art. 485, V, do Código de Processo Civil), uma vez que, ao se negar seguimento ao RE da União com fundamento em temática alheia àquela da causa, a decisão ora rescindenda configuraria julgado extra petita e, por conseguinte, violaria os arts. 128 e 460 do CPC. Ademais, a referida decisão, ao conceder o creditamento em tela, também afrontou os princípios constitucionais da não-cumulatividade (art. 153, § 3º, II), da seletividade (art. 153, § 3º, I) e da obrigatoriedade de lei específica para tanto (art. 150, § 6º).

Citada (fl. 392), a ré contestou (fls. 398-428), arguindo, em preliminar, o seguinte:

a) impossibilidade jurídica do pedido decorrente da inadequação da via eleita, dado que, nos termos do art. 485, caput, do Código de Processo Civil, não é cabível ação rescisória contra decisão que não apreciou o mérito da questão. Para tanto, traz à colação julgados do Supremo Tribunal Federal nesse sentido (Ações Rescisórias 1.039, 1.236 e 1.056) e entendimentos doutrinários da lavra dos professores Vicente Greco Filho e Arruda Alvim. No

caso, diz que a decisão rescindenda não é de mérito porque se limitou unicamente ao exame da admissibilidade do recurso extraordinário que tivera seu seguimento obstado pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região;

b) incompetência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o mérito da demanda, que fora analisado pelo TRF da 3ª Região, sendo ainda certo que a autora, em face do acórdão proferido por aquela Corte regional e impugnado mediante mencionado recurso extraordinário, ajuizou, perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a Ação Rescisória 2003.02.01.005675-8. Assim, o julgamento da presente ação rescisória poderá causar supressão de instância processual e possíveis decisões conflitantes em detrimento do princípio da segurança jurídica;

c) carência da ação, por não ocorrer a subsunção de uma situação concreta à norma taxativa do art. 485 do CPC, o que faz atrair o contido nas Súmulas STF n.ºs 343 e 134.

No mérito, a ré alega, em síntese, o seguinte:

a) ausência de erro de fato e de violação a literal disposição de lei, tendo em vista que não se trata de decisão de mérito, bem como houve pronunciamento judicial anterior sobre o fato na decisão que analisou o mérito da demanda, nos termos do art. 485, § 2º, do Código de Processo Civil;

b) a vedação ao aproveitamento do crédito presumido decorrente de aquisição de matéria prima isenta ou não tributada, além de tributar o total e não somente o valor agregado, descaracteriza a própria isenção, bem como onera a produção e o comércio porque viola fundamento básico do IPI no sentido de que ele não deve ser suportado pelo contribuinte de direito, mas pelo adquirente do produto (contribuinte de fato).

Despacho saneador à fl. 477.

Houve razões finais nas quais ambas as partes reiteraram, em síntese, as alegações anteriormente deduzidas (fls. 479-519 e 634-648). A ré apresenta pareceres da lavra

dos professores Cândido Rangel Dinamarco e Paulo de Barros Carvalho (fls. 520-573 e 574-630).

A Procuradoria-Geral da República opina pela procedência do pedido.

Às fls. 692-707, a ré salienta o julgamento de procedência, em parte, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, da referida AR 2003.02.01.005675-8, a rejeição dos embargos de declaração, bem como a oposição de embargos infringentes e a interposição de recurso especial, ambos pendentes de julgamento.

Verifico, inicialmente, os termos da petição inicial de fls. 03-20. No item I-2 (fl. 04), a autora assevera o seguinte: “A decisão objeto da presente ação rescisória é a proferida pelo em. Ministro NÉRI DA SILVEIRA, nos autos do AG nº 313.481”. Ao final (fl. 20), pede que seja “julgado procedente o pedido contido nesta actio, no sentido de ser rescindida a r. decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 313.481 RJ, de modo a que, anulada ela, outra seja proferida [...]” Evidencia-se, portanto, a efetiva intenção da União de rescindir a decisão monocrática da lavra do Min. Néri da Silveira que negou seguimento ao AI 313.481/RJ (fl. 170).

Todavia, a autora se olvida que a mencionada decisão foi objeto de agravo regimental, ao qual a 2ª Turma, em 13.03.2001, negou provimento (fls. 180-182). Assim, nos termos do art. 512 do Código de Processo Civil, o acórdão da 2ª Turma substituiu aquela decisão e transitou em julgado na data de 18.4.2001 (certidão, fl. 184). Portanto, o pedido rescindendo dirigido à decisão monocrática em exame remanesceria inócuo até porque fora ele substituído pelo acórdão da turma, esse sim dotado de eficácia jurídica e potencialmente suscetível de rescisão. Assevere-se, ainda, a inexistência de pedido da autora para rescindir o acórdão da 2ª Turma. Essa inocuidade atinge, pois, o interesse de agir da autora no sentido de que seu pedido, por si só, não tem o condão de produzir um resultado útil ao processo, o que também afasta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que

admite, em tese, o ajuizamento de ação rescisória em face de decisão monocrática do relator da causa, desde que tal pronunciamento tenha efetivamente apreciado a questão constitucional controvertida, bem como o contido na Súmula STF nº 249.

Ante o exposto, julgo extinto o processo sem julgamento do mérito (art. 267, IV, do Código de Processo Civil).

2 O AGRAVO REGIMENTAL FAZENDÁRIO

A Fazenda Nacional agravou a aludida decisão sob o fundamento de que a decisão a ser rescindida é a contida no despacho monocrático do Ministro Néri da Silveira nos autos do Agravo de Instrumento n. 313.481.

O regimental fazendário também se insurge contra uma leitura excessivamente formalista que tende a inviabilizar a prestação jurisdicional e contrária aos postulados do estado democrático de direito. Em favor do pleito da Fazenda no sentido de uma interpretação instrumental tem-se o precedente no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 312.538 (Relatora Ministra Ellen Gracie; J. 03.08.2004; DJ 20.08.2004).

Com efeito, a questão a ser discutida suscita profunda análise acerca das hipóteses de cabimento da ação rescisória e como deve ser a interpretação do STF no concernente à manutenção de decisões contrárias à jurisprudência constitucional da Corte, em sufrágio do princípio da supremacia normativa da Constituição e da plena efetividade jurídico-constitucional, na linha do precedente no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 395.662 (Redator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes; J. 16.03.2004; DJ 23.04.2004).

A Ministra Ellen Gracie entendeu incabível a Ação Rescisória porquanto proposta contra a decisão monocrática do Ministro Néri da Silveira no AI n. 313.481, em vez de ter sido proposta contra o acórdão da Turma oriundo da interposição de agravo regimental da Fazenda. Daí julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito.

A Fazenda Nacional insiste no acerto do ajuizamento da ação rescisória contra a decisão monocrática do Ministro Néri da Silveira porque essa adentrou o mérito da controvérsia (ainda que de modo errôneo, data venia, e por essa razão ajuizou-se a referida ação rescisória).

Nada obstante o aviamento de agravo regimental, a Turma manteve a decisão agravada por seus próprios fundamentos. A Turma não enfrentou o mérito da questão constitucional, ao desprover o regimental.

Eis o voto do Ministro Néri da Silveira no acórdão do Agravo Regimental no AI n. 313.481:

Nego provimento ao agravo regimental. Efetivamente, não afasta a agravante os fundamentos da decisão, exarada na conformidade da jurisprudência desta Corte.

Quanto ao art. 5º, LXIX, não houve o seu necessário prequestionamento, a fim de que fosse viabilizado o apelo extraordinário. Não cabe, pois, por via reflexa, pretender tenha ocorrido ofensa a normas maiores. Se, para dar pela vulneração de norma constitucional, mister se faz, por primeiro, verificar da negativa de vigência de preceito infraconstitucional, este último é o que conta aos efeitos do art. 102, III, a, da Lei Maior.

Mantenho o despacho agravado, por seus fundamentos.

A Turma concedeu o placet ao voto do Ministro Relator em sua integralidade.

A decisão de mérito a ser rescindida está contida no mencionado despacho monocrático do Ministro Néri da Silveira:

DESPACHO: Vistos. Trata-se de agravo de instrumento contra despacho do ilustre Senhor Juiz Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, que negou seguimento a recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, alínea “a”, da Constituição Federal.

2. O agravo não comporta seguimento.

3. Ao julgar caso análogo ao dos presentes autos, *RE 212.484-RS*, publicado no DJU de 05/03/1998, relator para o acórdão o eminente Ministro NELSON JOBIM, o Plenário desta Corte, assim decidiu:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO INCIDENTESOBREINSUMOS.DIREITODECRÉDITO.PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA.

Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção. Recurso não conhecido.”

4. Em face do exposto, estando a decisão agravada em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, com apoio no art. 38, da Lei n.º 8.038, de 1990, combinado com o art. 21, § 1º, do Regimento Interno, nego seguimento ao agravo. (grifo nosso)

Foi contra essa decisão de mérito que a Fazenda Nacional propôs a mencionada Ação Rescisória, visto que fundada em flagrante erro de fato.

3 A AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.788

Com efeito, a decisão rescindenda pressupôs que a lide versava sobre a possibilidade de creditamento de IPI em decorrência de insumos adquiridos sob o regime de isenção territorial, quando, na verdade, tratava-se de insumos adquiridos sob o regime de alíquota zero, de não tributados e de uma isenção de caráter nacional. Assim, para negar seguimento ao recurso extraordinário, a decisão rescindenda teria partido de premissa de fato absolutamente equivocada.

A hipótese dos autos do Agravo de Instrumento n. 313.481, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, e atacado na Ação Rescisória n. 1.788 é a mesma recentemente decidida pelo STF nos autos dos RREE ns. 370.682 e 353.657, versando sobre o creditamento do IPI na hipótese de insumos não-tributados ou tributados à alíquota zero.

Em sua decisão, que se pretende rescindir, o Ministro Néri da Silveira equivocadamente aplica, concessa venia, o precedente do “caso Coca-Cola” (RE n. 212.484, Redator para o acórdão Ministro Nelson Jobim; J. 05.03.1998; DJ 27.11.1998).

Eis a ementa do acórdão do referido RE 212.484:

CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL. IPI. ISENÇÃO INCIDENTE SOBRE INSUMOS. DIREITO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA.

Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção.

O precedente do mencionado “caso Coca-Cola” (RE 212.484) versou exclusivamente sobre a possibilidade de creditamento de produtos isentos em face de estarem na Zona Franca de Manaus. Cuidou-se de uma isenção territorial.

A despeito das similitudes, a questão de mérito versada na decisão rescindenda (AI 313.481) diz respeito ao creditamento de IPI nas hipóteses de produtos não tributados ou tributados à alíquota zero.

O tema do creditamento de IPI no regime de isenção territorial encontra-se pacificado no STF desde o julgado do “caso Coca-Cola”. Em face desse mencionado precedente, várias foram as decisões que aplicaram, por analogia, o entendimento esposado no regime de isenção territorial nas hipóteses de produtos não-tributados ou tributados à alíquota zero. Essa é a situação objeto da presente análise.

Nada obstante a similitude, o STF, recentemente, decidiu que inexistente o direito ao creditamento do IPI na hipótese de produto não-tributado ou tributado à alíquota zero. Eis a notícia extraída do Informativo STF n. 456 que veiculou o resultado final do julgamento conjunto dos RREE n.ºs. 353.657 e 370.682:

O Tribunal retomou julgamento conjunto de dois recursos extraordinários (interpostos pela União contra acórdãos do TRF da 4ª Região que reconheceram o direito do contribuinte do IPI de creditar-se do valor do tributo na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero e pela não-tributação — v. Informativos 304, 361, 374 e 420. Por maioria, deu-se provimento aos recursos, por se entender que a admissão do creditamento implica ofensa ao inciso II do § 3º do art. 153 da CF. Asseverou-se que a não-cumulatividade pressupõe, salvo previsão contrária da própria Constituição Federal, tributo devido e recolhido anteriormente e que, na hipótese de não-tributação ou de alíquota zero, não existe parâmetro normativo para se definir a quantia a ser compensada. Ressaltou-se que tomar de empréstimo a alíquota final relativa a operação diversa resultaria em ato de criação normativa para o qual o Judiciário não tem competência. Aduziu-se que o reconhecimento desse creditamento ocasionaria inversão de valores com alteração das relações jurídicas tributárias, dada a natureza seletiva do tributo em questão, visto

que o produto final mais supérfluo proporcionaria uma compensação maior, sendo este ônus indevidamente suportado pelo Estado. Além disso, importaria em extensão de benefício a operação diversa daquela a que o mesmo está vinculado e, ainda, em sobreposição incompatível com a ordem natural das coisas. Por fim, esclareceu-se que a Lei 9.779/99 não confere direito a crédito na hipótese de alíquota zero ou de não-tributação e sim naquela em que as operações anteriores foram tributadas, mas a final não o foi, evitando-se, com isso, tornar inócuo o benefício fiscal.

Portanto, na questão de fundo (ou de mérito) da AR 1788 o pedido da Fazenda Nacional vai ao encontro da jurisprudência do STF.

4 OS ASPECTOS PROCESSUAIS DA AR 1.788: SUPREMACIA NORMATIVA DAS DECISÕES CONSTITUCIONAIS DO STF E O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Em outras oportunidades, o Supremo Tribunal tem superado eventuais óbices procedimentais para efetivar a justiça. Cuida-se de uma nova perspectiva do processo como instrumento de concretização do direito.

Recorde-se o julgamento do aludido Agravo Regimental no RE 395.662 (Redator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, J. 16.03.2004; DJ. 23.04.2004). Eis a ementa do acórdão:

- RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL.
2. Ação rescisória. Extinção do feito, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.
 3. Entendimento no sentido de que o autor pretendia rescindir a sentença, em vez de buscar a desconstituição do acórdão que a substituiu.
 3. Formalismo excessivo que afeta a prestação jurisdicional efetiva. Erro no pedido que não gera nulidade, nem causa para o não-provimento.
 4. Força normativa da Constituição. Jurisprudência do STF quanto à matéria que constitui objeto da ação rescisória.
 5. Recurso extraordinário provido. Remessa ao TRT da 4ª Região, a fim de que aprecie a ação rescisória, como entender de direito.

Nesse julgado, mediante voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, o STF conheceu do RE de acórdão de Ação Rescisória julgada extinta, sem julgamento do mérito, porquanto interposta contra a Sentença monocrática, em vez de hostilizar o Acórdão do Tribunal. O STF alicerçou seu entendimento em dois argumentos:

- a) afastar o formalismo excessivo, em favor da substância; e
- b) supremacia das decisões constitucionais do Supremo.

Quanto ao formalismo, o Ministro Gilmar Mendes externou:

É fácil ver que o processamento da ação rescisória não deve ser, tão-somente, pelo fato de o autor ter utilizado o termo sentença em lugar de acórdão.

É uma manifestação extremada do formalismo que afeta a proteção judicial efetiva. Assegura-se a preservação de uma situação contrária ao entendimento desta Corte em nome do atendimento de uma exigência formal.

Aduziu Sua Excelência, com apoio no magistério de Pontes de Miranda (Tratado da ação rescisória), que o fato de se pedir a rescisão da sentença, em vez da rescisão do acórdão que confirmou a sentença, não constitui nulidade, nem causa para o não-provimento, porque a decisão confirmada é a decisão.

No tocante à supremacia das decisões constitucionais da Corte, pontificou:

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto à matéria que constitui o mérito da ação rescisória.

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes.

Assim, se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é

que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente.

Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição.

Alfim, com esteio no magistério de Konrad Hesse (A força normativa da constituição), Sua Excelência, em defesa da supremacia das decisões constitucionais do STF, proclama que “o não-processamento da ação rescisória pelo fato de o autor ter-se referido à sentença e não ao acórdão configura notória negativa de prestação jurisdicional.

Ainda nesse julgado, merece transcrição o elucidativo voto da Ministra Ellen Gracie:

Sr. Presidente, igualmente como o Ministro Gilmar Mendes, afastado aquele obstáculo que era colocado em relação à exata denominação do provimento judicial que se atacava, se sentença ou acórdão.

Creio que seria um exagero de formalismo insistirmos em que a parte desse uma denominação exata ao acórdão que estava sendo atacado, até porque a redação do artigo de lei menciona sentença, e quando diz sentença o faz em sentido amplo.

No entanto, com relação à segunda questão – e essa importante questão que V. Exa. acaba de frisar – de desrespeito efetivo da orientação já pacificada deste Supremo Tribunal Federal em relação à matéria de fundo, também tenho preocupações.

Ainda outro dia preparava uma reclamação apresentada a esta Corte exatamente tendo por objeto uma dessas decisões que faz um circunlóquio para dizer que acata julgado do Supremo Tribunal Federal, porém, por outros motivos, por outros acessórios, acaba alcançando resultado contrário à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por essas razões, sensibilizei-me com o voto, ora apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, que nos traz uma fundamentação sólida para conhecer desse recurso e lhe dar provimento, haja vista que a matéria de fundo – V. Exa. bem frisou – está absolutamente pacificada nesta Corte.

Essa adesão da Ministra Ellen Gracie à superação das formas em favor da substância foi sufragado em outro importante julgamento (Agravado Regimental no Agravado Regimental no RE 312.538, J. 03.08.2004; DJ 20.08.2004). Eis a ementa de seu acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA SÚMULA STF Nº 281.

1. Na hipótese dos autos, embora tenha o magistrado a quo indeferido os embargos de declaração em decisão monocrática, acrescentou ele razões para sustentar a conclusão formulada no acórdão recorrido, salientando que a gratuidade da prestação dos benefícios pela entidade de previdência privada não é suficiente para caracterizá-la como entidade de assistência social para fins de imunidade tributária.

2. Desnecessária, portanto, a interposição de agravo regimental contra esse despacho singular, porquanto fora atendida a pretensão da então embargante. Faltava-lhe, pois, interesse em se insurgir contra decisão que lhe fora favorável.

3. Esgotadas, na situação em tela, as instâncias ordinárias, não há falar em incidência da Súmula STF nº 281.

4. Agravo regimental improvido.

O referido acórdão nasceu da interposição de agravo regimental fazendário desafiando decisão de Sua Excelência (Ministra Ellen Gracie, Relatora do RE 312.538) que dera provimento ao agravo regimental da contribuinte, em face de despacho prolatado pela Relatora, negando seguimento ao seu Recurso Extraordinário. Pede-se licença para transcrever os aludidos despachos:

1º Despacho da Ministra Ellen, de 21.02.2002:

Os embargos de declaração opostos pela recorrente contra o acórdão de fls. 287-293 não foram admitidos por

decisão monocrática, em razão de serem manifestamente incabíveis (fls. 304/305). Desta decisão, não foi protocolizado o competente agravo regimental para que os embargos fossem apreciados pelo Colegiado que o relator representa.

O recurso extraordinário de fls. 307-334, em face do enunciado da Súmula 281, mostra-se inadmissível, pois foi interposto contra decisão que não era de única ou última instância.

Sobre o tema, a Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o AGRAG 247.591-3/RS, referendou decisão do eminente Min. Moreira Alves que negou seguimento a agravo de instrumento pelas mesmas razões acima mencionadas. É este o teor do despacho:

1. Tendo sido os embargos declaratórios indeferidos por despacho do relator, contra esse despacho caberia agravo regimental para o colegiado, razão por que o acórdão embargado, prolatado em apelação, não foi complementado por decisão de última instância, o que significa que o julgado contra o qual se recorre não preenche o requisito de cabimento do recurso extraordinário inserto no inciso III do artigo 102 da Constituição, ou seja, o de que a causa tenha sido decidida em última instância.

2. Em face do exposto, nego seguimento ao presente agravo. Diante do exposto, com fundamento no art. 557, *caput* do CPC, nego seguimento ao recurso.

2º Despacho da Ministra Ellen, de 04.10.2002:

1. Tendo sido o recurso extraordinário interposto contra despacho do relator que indeferiu embargos declaratórios por considerá-los manifestamente protelatórios, decisão contra a qual ainda seria cabível agravo regimental, neguei seguimento ao apelo extremo da agravante, com fundamento na Súmula STF nº 281.

Nas razões do presente regimental, alega a entidade que houve esgotamento da instância de origem porque os embargos de declaração foram equivocadamente indeferidos, na medida em que opostos para atender o

requisito do prequestionamento, sem se pleitear qualquer efeito infringente. Ademais, a decisão nos declaratórios completou a prestação jurisdicional, ao adicionar argumentos ao acórdão impugnado. Assim, mesmo inadmitidos monocraticamente os embargos, não existiria interesse em interpor agravo regimental contra esta decisão, que em nada alteraria o resultado da demanda.

2. Muito embora tenha o relator indeferido os embargos de declaração em decisão monocrática, ele acrescentou razões para sustentar a conclusão formulada no acórdão de segunda instância, salientando que a gratuidade da prestação dos benefícios pela agravante não é suficiente para caracterizá-la como entidade de assistência social para fins de imunidade tributária.

Assiste, portanto, razão à agravante, ao mencionar que não haveria propósito para interposição de agravo regimental, tendo em vista que a matéria constitucional havia sido discutida no Tribunal a quo e que a prestação jurisdicional já fora completada, configurando o devido prequestionamento e esgotando as instâncias ordinárias.

3. Em face dessa circunstância, dou provimento ao agravo regimental, para reconsiderar a decisão de fl. 360. Passo ao reexame do extraordinário.

4. O Tribunal a quo reconheceu que a recorrente não recebia contribuições de seus associados para a prestação de seus serviços, inteiramente custeados pela empresa patrocinadora. Contudo, entendeu que este fato não era suficiente para justificar a imunidade tributária prevista no art. 150, IV, “c” da Constituição, que dependia, também, da generalidade do amparo assistencial oferecido pela entidade. Ao decidir nestes termos, contrariou entendimento firmado por ocasião do julgamento do RE 259.756, STF, rel. Marco Aurélio, Plenário, Sessão de 28.11.2001.

5. Diante do exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A do CPC, dou provimento ao recurso, para conceder a segurança. Custas ex lege.

Contra esse segundo despacho foi aviado o regimental fazendário que resultou no acórdão suso referido.

Com efeito, aquela situação assemelha-se bastante à hipótese da Ação Rescisória 1788, pois o Tribunal, a partir do voto condutor da Ministra Ellen Gracie, afastou a Súmula 281 (É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada), ao entendimento de que, inobstante a “falha processual”, o conteúdo da decisão recorrida já tinha sido prequestionada e esgotada.

Em suas decisões, a Ministra Ellen Gracie favorece a substância em detrimento da forma, pois o acórdão recorrido estava em desacordo com a jurisprudência do STF. Para prestigiar a supremacia das decisões da Corte, a Ministra Ellen supera um obstáculo formal. Optou o Tribunal pela justiça material, em desfavor das formas processuais. O processo não pode ser instrumento de injustiça.

Essa perspectiva instrumental do processo está contida no enunciado da Súmula 249 (É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida). Ou seja, o importante é a apreciação da questão federal (hoje constitucional) controvertida. No presente caso, insista-se, quem apreciou a questão controvertida foi o Relator, não a Turma.

Nesse recordado julgamento (RE 312.538) o STF, a despeito das regras processuais que impõem o esgotamento das instâncias com o fito de que o Tribunal recorrido analise a questão constitucional, entendeu que a matéria constitucional de fundo já estava prequestionada na decisão monocrática do Relator e entendeu desnecessária a interposição de agravo para o colegiado competente a fim de esgotar a instância originária, nos termos da Súmula 281.

Com efeito, o Supremo Tribunal conheceu de RE contra decisão monocrática de Relator a quo, porquanto desnecessária a submissão do tema ao colegiado. Valorizou-se a supremacia da Constituição em detrimento das formas processuais. Em homenagem ao direito a uma prestação jurisdicional positiva, o Pretório Excelso não se amesquinhou diante de formalismo processual.

A presente controvérsia se aproxima dessa cogitada situação. Cuida-se de ação rescisória proposta contra decisão monocrática de

Relator que feriu o mérito da questão, porquanto o julgamento colegiado da Turma se fiou em aspectos processuais, sem ferir o mérito.

Em verdade, repise-se, a decisão cujo conteúdo é contrário à jurisprudência da Corte é a monocrática e não a colegiada. A decisão que violou o texto constitucional foi a escoteira e não a gremial. Por consequência, não poderia a Fazenda Nacional hostilizar o entendimento da Turma, mas sim o do Relator (Ministro Néri da Silveira).

Tenha-se que nos precedentes recordados (RREE ns. 312.538 e 395.662), assim como na presente controvérsia não se trata de erro grosseiro. Em absoluto. Cuidam-se de complexas questões processuais. E a solução requer a compreensão dos princípios processuais, em vez de singela aplicação de regras processuais.

No presente caso, a situação é complexa e demanda uma perspectiva instrumental do processo e um acolhimento da supremacia das decisões constitucionais do STF.

A primeira diz respeito ao princípio substitutivo contido no art. 512 do Código de Processo Civil (O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso)¹:

É claro que não se pode estar aludindo senão às hipóteses em que o tribunal conhece do recurso, lhe aprecia o mérito. Nas outras, seria absurdo cogitar-se de substituição: não se chegou sequer a analisar, sob qualquer aspecto, a matéria que, no julgamento de grau inferior, constituirá objeto da impugnação do recorrente.

Fácil de ver, por consequência, que a decisão da Turma não só não conheceu do recurso como não apreciou o mérito. Repita-se, com vênias devidas, quem apreciou o mérito foi o Relator. Por isso o ajuizamento dessa Rescisória contra a sua decisão. Qual a razão de se ajuizar uma rescisória contra a decisão da Turma que não visitou o mérito a ser rescindido?

Quanto à correta aplicação do aludido art. 512, CPC, essa Colenda Corte tem os seguintes precedentes:

Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 1.800 (Relator Ministro Eros Grau, J. 23.03.2006; DJ 05.05.2006):

¹ Barbosa Moreira. Código de Processo, Volume V, p. 395.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDOS INDEPENDENTES. PROVIMENTO DE APENAS UM DELES PELO ACÓRDÃO RESCINDENDO. CONHECIMENTO DA RESCISÓRIA NESTA CORTE QUANTO AOS OUTROS PEDIDOS. IMPOSSIBILIDADE. EFEITO SUBSTITUTIVO. ART. 512, DO CPC. CAPÍTULOS DA SENTENÇA. SÚMULA 249. INAPLICABILIDADE.

1. O provimento, pelo acórdão rescindendo, de um dos pedidos da ação principal não é suficiente para atrair a competência desta Corte para o julgamento de outros pedidos independentes, que sequer foram conhecidos.

2. A decisão rescindenda substitui o acórdão prolatado pelo tribunal de origem somente quando o recurso é conhecido e provido. O efeito substitutivo previsto no art. 512 do CPC não incide sobre os pedidos não conhecidos pelo acórdão rescindendo. Precedente [RE n. 194.382, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ 25.04.2003].

3. A decisão rescindenda, no capítulo em que não conhece do recurso extraordinário, não opera o efeito substitutivo do art. 512 do CPC. A questão de mérito a ser impugnada por meio de ação rescisória não se encontra na decisão proferida por esta Corte [...] que é meramente processual no ponto pertinente [...] mas no acórdão prolatado pelo tribunal de origem. Não há falar-se, pois, na aplicação da Súmula n 249. Precedente [AC n. 112, Relator o Ministro CÉZAR PELUSO, DJ 04.02.2005 e AgR-AR n. 1.780, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ 03.03.2006].

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Recurso Extraordinário n. 194.438 (Relator Maurício Corrêa, J. 25.04.2001; DJ 25.04.2003):

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE QUE ESSA HIPÓTESE ESTEJA PREVISTA EM LEI. LEGITIMIDADE DO INSTITUTO JURÍDICO. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. INOCORRÊNCIA DO FENÔMENO DA SUBSTITUIÇÃO DE JULGADO. PREJUDICIALIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Não-conhecimento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Prejudicialidade do recurso extraordinário simultaneamente interposto, tendo em vista o fenômeno processual da substituição de julgado previsto no artigo 512 do Código de Processo Civil. Alegação improcedente. O acórdão somente substituiria a decisão recorrida se o recurso houvesse sido conhecido e provido.

2. É responsável tributário, por substituição, o industrial, o comerciante ou o prestador de serviço, relativamente ao imposto devido pelas anteriores ou subseqüentes saídas de mercadorias ou, ainda, por serviços prestados por qualquer outra categoria de contribuinte.

3. Legitimidade do regime de substituição tributária, dado que a cobrança antecipada do ICMS por meio de estimativa “constitui simples recolhimento cautelar enquanto não há o negócio jurídico de circulação, em que a regra jurídica, quanto ao imposto, incide”. Entendimento doutrinário. Recurso extraordinário conhecido e provido.

À luz desses precedentes, enxerga-se que para o STF só há que se falar em substituição da decisão recorrida se houver manifestação de mérito.

No concernente à supremacia das decisões constitucionais da Suprema Corte, os aludidos RREE 312.538 e 395.662 sinalizam a orientação desse Excelso Tribunal no sentido de que as normas da Constituição não podem ficar à mercê de um tacanho formalismo processual.

A bem da verdade, tenha-se que os precedentes aludidos e aqui demonstrados não cuidam de erro grosseiro. Tampouco a presente controvérsia.

5 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA FAZENDA NACIONAL E O SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO

A Contribuinte alegou litigância de má-fé fazendária, porquanto foi ajuizada no Tribunal Regional Federal da 2ª Região a Ação Rescisória nº 2003.02.01.005675-8 proposta pela Fazenda Nacional em face da mesma contribuinte e objetivando rescindir a mesma sentença.

Sucede que aqui há interessantes nuances provocadas pelo sistema recursal brasileiro, mormente os recursos excepcionais (o extraordinário e o especial).

O acórdão do TRF 2 na Apelação em Mandado de Segurança n. 0214199 (Processo originário n. 98.02.49739-8) foi hostilizado pela Fazenda Nacional via recursos extraordinário e especial. Este discutindo o direito federal infraconstitucional. Aquele o direito federal constitucional. Ambos foram inadmitidos na Corte a qua. Essas inadmissões foram desafiadas por agravos de instrumento. No STF o referido AI 313.481, que ora se analisa a sua rescisão. No STJ ganhou o número 318.157, Relator Ministro José Delgado.

Pois bem, no STF o aludido agravo não foi provido, mas o Relator analisou a questão constitucional controvertida. Todavia, no STJ o agravo não foi conhecido nem foi analisada a questão federal controvertida.

Tenha-se presente a ementa do acórdão do respectivo julgado do STJ (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 318.157, Relator Ministro José Delgado, J. 23.10.2000; DJ 18.12.2000):

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA DE CUNHO CONSTITUCIONAL EXAMINADA NO TRIBUNAL "A QUO". IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO APELO EXCEPCIONAL.

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que, com base no art. 544, § 2º, CPC entendeu não emprestar caminhada a agravo de instrumento intentado para fazer subir recurso especial, negando-lhe, assim, provimento.
2. Acórdão a quo que julgou procedente ação mandamental para fins de autorizar a recorrida a compensar o crédito presumido de IPI com o crédito a recolher ao final do processo industrial, em face da não-cumulatividade do tributo (art. 153, § 3º, II, da CF/88).
3. Ausência do necessário prequestionamento, visto que os dispositivos legais indicados como afrontados não foram abordados, em nenhum momento, no âmbito do

voto-condutor do aresto hostilizado, quer implícita ou explicitamente.

4. Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada basilar-se, como fundamento central, em matéria de cunho eminente constitucional, com alicerce, ainda, em decisões proferidas pela Excelsa Suprema Corte.

5. Agravo regimental improvido.

No ponto que interessa. A rescisória ajuizada no TRF 2 voltou-se contra os aspectos infraconstitucionais. Como essa matéria não foi conhecida no STJ, o órgão competente era o Tribunal a quo. No caso das questões constitucionais, a ação foi proposta no órgão competente: o STF.

Veja-se a ementa do acórdão dessa aludida Ação Rescisória n. 2003.02.01.005675-8 (redator para acórdão Des. Fed. Poul Erik Dyrlund, J. 09.12.2004):

RESCISÓRIA. COMPENSAÇÃO CRÉDITO PRESUMIDO IPI. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMILATIVIDADE.

1 - Na seara, da análise da pretensão, colhe-se que a mesma se desdobra em duas vertentes: a) - “A questão da decadência do direito de repetir – ou aproveitar, em compensação, valores impagos por IPI – anteriormente a cinco anos da data do ajuizamento do pedido.” b) - “A questão de mérito: a impossibilidade de se repetir ou compensar o que, a título de IPI, não se pagou. Como sabemos, a empresa sustentou em seu processo original que tinha direito à compensações ou repetições de créditos do IPI, mesmo que não houvesse pago a exação nas aquisições de mercadorias que adquiriu nos últimos dez anos por serem insumos ou isentos, ou atingidos por não-incidência ou, ainda, taxados com alíquota zero. Disse impor-se tais compensações ou restituições por força do princípio da não-cumulatividade do IPI, insculpido no art.153, § 3º, II, da CF/88.”

2 - No que concerne ao primeiro aspecto, entendo assim razão à parte autora, pois que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, de há muito, se fixou na orientação de ser o prazo, *in casu*, quinquenal, regido pelo Decreto 20.910/32.

3 - Quanto ao segundo ângulo, a questão, quando de prolação de decisão rescindenda, ainda não havia se pacificado, o que atrai os verbetes nº 134, da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, e 343, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai, v.g. do RE 212484, DJ 27/11/98, julgado pelo Plenário, por maioria de votos.

4 - Julgo parcialmente procedente o pedido rescisório, com despesas processuais, e honorários compensados.

Do relatório desse acórdão extrai-se elucidativa passagem:

Trata-se de ação rescisória interposta pela UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL objetivando desconstituir o acórdão da 3ª Turma, que tem a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Embargos de declaração interpostos com fundamento no art. 535, I do CPC, com o objetivo de suprir contradição entre datas do termo inicial para compensação de crédito presumido de IPI.

2. Induzido o julgador a erro a partir de equívoco de digitação na peça postulatória, mas constando da mesma menção ao período correto para a incidência do provimento judicial, é possível a alteração do conteúdo decisório em sede de embargos de declaração, sanando o conflito existente entre os fundamentos do acórdão e o seu *decisum*.

3. Embargos de declaração providos para, integrando o acórdão de fls. 206, reconhecer o alcance do direito à compensação do crédito presumido de IPI, garantido pela procedência do pedido, pelo período de dez anos, de julho de 1988 a julho de 1998.

Fácil de ver que a insurgência se dá em relação às questões infraconstitucionais. É fora de toda dúvida que não poderia na rescisória proposta perante o STF, em face de agravo de instrumento em recurso extraordinário, que feriu matéria constitucional, rescindir decisão de mérito infraconstitucional. Eis a razão do ajuizamento de outra ação rescisória. Não houve má-fé, mas zelo da Fazenda Nacional.

Se isso não bastasse, o CPC, no art. 17, elenca as sete hipóteses taxativas da litigância de má-fé e em nenhuma delas se encarta a conduta da Fazenda Nacional. Diz a Lei que reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II – alterar a verdade dos fatos;
- III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI – provocar incidentes manifestamente infundados; e
- VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Ademais, a litigância de má-fé pressupõe conduta dolosa, sabidamente ilícita e com o objetivo de causar prejuízo à outra parte, bem como desrespeitadora do Judiciário. Essa conduta propositada e ilícita não pode ser imputada à Fazenda Nacional.

Em arremate, a Fazenda Nacional entende inaceitável a injuriosa imputação de litigância de má-fé, seja porque cabível a ação rescisória perante o TRF 2 em face dos aspectos infraconstitucionais, seja porque a sua conduta não foi dolosa nem se enquadra nas taxativas hipóteses legais da litigância de má-fé.

6 CONCLUSÃO

Tenha-se presente que o não cabimento da presente ação rescisória implicará violação ao magno princípio constitucional da igualdade, porquanto a Empresa será a única empresa no Brasil que gozará do inconstitucional creditamento de IPI nas hipóteses de produtos não-tributados ou tributados à alíquota zero.

É fora de toda a dúvida que uma das missões constitucionais do STF é a unidade do direito constitucional e a igual aplicação desse direito para todos. Além disso, haverá um desequilíbrio na concorrência, pois as demais empresas não terão esse benefício, o que causará danos à ordem econômica concorrencial.

Ora, decisões do STF não podem gerar injustiças. E aqui injustiça como desigualdade de tratamento em relação aqueles que estão em situações iguais. Seria injusto que por motivos procedimentais a Demandada não sofresse a mesma sorte de todos os demais contribuintes/litigantes. Esse, obviamente, não é o escopo do processo. Não faz parte da sagrada missão do Pretório Excelso a efetivação das injustiças.

Por derradeiro, a Fazenda Nacional acertou em suas opções processuais e, sobretudo, de que o direito encontra-se ao seu lado, mormente em face de todos os precedentes recordados neste texto, tanto nas questões de mérito (Creditação de IPI – produtos não-tributados ou tributados à alíquota zero, RREE ns. 353.657 e 370.682) quanto nos aspectos processuais ensejadores do cabimento e conhecimento da presente Ação Rescisória (formalismo excessivo que afeta a prestação jurisdicional, erro no pedido que não gera nulidade, nem causa o não-provimento e supremacia e autoridade da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, RREE n.ºs. 312.538 e 395.662).

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA POSSE INDÍGENA

*Luís de Freitas Júnior, Procurador Federal,
Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza- Unifor,
Especialista em Direito Civil pela Faculdade Integrada do Ceará – FIC, Professor
de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O instituto da posse no sistema tradicional; 3 O instituto da posse na atual ordem constitucional; 4 A visão do Direito Constitucional contemporâneo aplicada à posse indígena; 5 Princípio da proporcionalidade e o conflito entre posse no sistema clássico e no sistema constitucional indigenista; 6 Conclusão; 7 Referências.

RESUMO: A ideologia burguesa ao interpretar o instituto da posse como a exteriorização do comportamento do proprietário, tinha a intenção de propiciar um ambiente de segurança jurídica para a circulação de riquezas. Nada obstante, com a substituição dos modelos econômico-políticos, máxime com a maiêutica da Constituição Federal de 1988, foi consagrado um Estado Democrático de Direito no Brasil, e com isso, outros fundamentos, objetivos e valores passaram a orientar a interpretação dos institutos clássicos. Nesse diapasão, a posse vem a ter uma nova hermenêutica, baseada no desenvolvimento de uma função social. Logo, exige-se que ela seja exercida em consonância com os direitos fundamentais em todas as suas dimensões. A partir daí surgiu o campo para aplicação de uma principiologia condizente com a proteção da posse indígena. A posse de suas terras é o vetor inicial a partir do qual os índios podem implementar o restante dos seus direitos. Desta feita, no conflito aparente entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à propriedade privada, é preciso eleger o valor mais condizente com a Constituição Federal, sempre com aplicação do princípio da proporcionalidade, para não sacrificar em demasia o direito preterido. Assim, a posse indígena deve ser lida com lentes constitucionais, porquanto só será possível a preservação dos habitantes primitivos com a interpretação dos dispositivos conforme o paradigma da justiça social.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica. Constituição. Dignidade . Posse. Indígena. Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da visão hermenêutica da posse no atual sistema constitucional. Especificamente, enveredar-se-á na aplicabilidade dessa nova interpretação da posse, à seara indígena.

Tentar-se-á dirimir a controvérsia sobre as diferentes conotações interpretativas da posse, surgidas como produto dos sistemas político-econômicos existentes ao longo do tempo. A partir daí, tentar-se-á estabelecer ligações entre o sistema jurídico vigente e a proteção da posse indígena.

A importância desse estudo reside na aplicabilidade jurídica que está sendo dada à posse, nos conflitos contemporâneos. Deveras, o instituto da posse tem passado por uma evolução hermenêutica ao longo do tempo. Daí ressalta-se a justificativa desse estudo, qual seja, a correção dos desequilíbrios do passado, a partir de uma aplicação atualizada dos institutos possessórios.

O desenvolvimento do tema calcou-se eminentemente em pesquisa bibliográfica. Foi perscrutada a doutrina pátria e estrangeira, acerca de temas hermenêuticos, constitucionais, civis e indígenas. Além disso, foi pesquisada a legislação constitucional e ordinária, a fim de explicar a questão da interpretação das normas, da posse e de sua aplicabilidade ao direito indígena.

O objetivo desse trabalho é qualificar o Estado Democrático de Direito e mostrar as novas nuances interpretativas que fez surgir no instituto da posse, máxime a possibilidade de conferir um tratamento diferenciado em face da minoria indígena.

Para isso será demonstrada a evolução do tratamento da posse desde o liberalismo econômico que imperou na Revolução Francesa, passando pelas mudanças trazidas com a Constituição de 1988 até chegar no microsistema de tutela da posse indígena.

Assim, buscar-se-á uma forma de conciliar os interesses particulares e sociais, sempre respeitando a preservação das minorias e com o olhar atento para os valores exigidos pela Constituição.

2 O INSTITUTO DA POSSE NO SISTEMA TRADICIONAL

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E SISTEMA DE DIREITOS

É cediço que o Direito possui institutos universais e atemporais, que o caracterizam com um núcleo mínimo e intangível de justiça. Nada obstante, o Direito, como fruto das vicissitudes humanas, sofre influências dos momentos históricos e dos paradigmas vigentes.

Num período anterior à Revolução Francesa vigorou por muito tempo um sistema jurídico em que o magistrado tinha ampla discricionariedade na aplicação das normas. Esse modo de resolução dos conflitos era reflexo de um aparelhamento autoritário onde o Estado concentrava todas as funções e não respeitava os direitos individuais.

Esse modelo foi quebrado contemporaneamente ao Levante de 1789, ocasião em que prevaleceu o liberalismo econômico. Logo, qualquer interferência do Estado remetia ao sistema absolutista.

Nesse espectro, foi adotado o sistema de codificação do Direito, que o considerava sem lacunas. Havia, assim, uma concepção de auto-suficiência do CC, no que tange à esfera privada dos cidadãos. Além disso, restou mitigado o poder do juiz de proceder livremente com as suas interpretações, posto que se entendia que, se o poder só se legitima porque é decorrente da representação popular, qualquer ato de império que brote do magistrado seria teratológico e inconcebível no sistema de então.

Por isso, fora consagrada pela Cártula Magna a independência do homem frente a ingerência estatal. Essa ideologia tinha o desiderato de proteger a classe burguesa emergente. Razão porque havia a proteção máxima à propriedade privada e a ampla autonomia do povo para estipular os seus pactos.

2.2 DISCIPLINA CLÁSSICA DA POSSE

Na conjuntura político-econômica ora perscrutada, a posse era vista apenas sob a ótica dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Essa classe de direitos faz referência a uma liberdade negativa, ou seja, de não intervenção estatal frente às atividades do indivíduo. Desta feita, a proteção jurídica da posse era conferida apenas com um instrumental jurídico que garantisse a não turbção do Estado e dos demais particulares, na posse do indivíduo.

Deveras, a relação íntima que o homem tem com os bens ao seu redor foi merecedora de atenção pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. O legislador extraiu da consciência coletiva uma gama de direitos reais, que acastelam as relações entre o titular de um direito e os demais membros da coletividade, que tem como objeto as “res” de valor jurídico no mundo fenomênico.

O direito real mais pleno sobre um bem é a propriedade, esta consiste numa relação jurídica entre uma pessoa e a “res”, pela qual o dono tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa e reaver de quem injustamente a detenha. O domínio tem seu respaldo advindo diretamente da lei.

Aprioristicamente, institutos como a propriedade eram o suficiente para compor as relações que o dia-a-dia engendrava. Com a complexidade social, para que as próprias relações de domínio viessem a ser protegidas a contento, foi imperioso que se protegesse também a aparência desse direito, qual seja, o instituto da posse.

Eis a natureza da posse no sistema liberal, uma forma de o direito proteger o elo entre o humano e os bens, sem que seu titular seja, necessariamente, o dono da coisa, mas exerce algumas das prerrogativas inerentes ao domínio.

Logo, quando o titular da posse se utiliza do bem com as mesmas atitudes de dono, já reúne as condições para a sua proteção jurídica contra o esbulho e turbacão de outrem. Vê-se que foi uma forma de facilitar a defesa do proprietário, para que fosse protegido pelo Direito sem que precisasse portar consigo o título dominial.

Eis a função da posse nessa conjuntura, uma forma de dar segurança jurídica ao titular de riqueza, a partir de uma ficção que lhe protegia *erga omnes*, inclusive contra o próprio Estado.

A partir do presente esboço histórico e da breve análise do instituto, nota-se que numa concepção clássica, o direito à posse tinha a função única de proteger o patrimônio de seu titular. A posse, como exteriorização da propriedade, visava manter o domínio da riqueza e excluir a intervenção de outras pessoas e do Estado. Essa percepção individualista do instituto coroava o liberalismo reinante na época e satisfazia os contornos de direito de primeira dimensão. Nada obstante, com a mudança da conjuntura político-econômica, é necessária uma nova hermenêutica para o instituto, a fim de fazer face às novas demandas de justiça.

3 O INSTITUTO DA POSSE NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E SISTEMA DE DIREITOS

Seguindo os passos da história, entrevê-se que uma nova percepção veio a embeberar as ordens jurídicas mundiais. Trata-se da idéia de protecionismo social a ser exercido pelo Estado.

Nesse contexto o mundo encontrava-se sacudido pelas duas grandes guerras mundiais, *crash* da bolsa de Nova Iorque, revolução russa, socialismo utópico e pela maiêutica da Constituição de Weimar. Essas teorias passam a metamorfosear pensamentos e reunir paladinos, vindo a ser ossificadas nas próprias constituições.

Assim, sobrepõe-se um Estado de bem-estar social que adota uma postura proativa, para fazer frente às iniquidades geradas e não solucionadas pelo liberalismo.

Com esse marco nas ciências jurídicas, percebe-se a tendência da legislação perder a sua neutralidade axiológica. Desse modo, restou defenestrada a concepção de que a Constituição dispunha apenas sobre interesses individuais.

Ora, contemporaneamente a regulação dos direitos privados extravasam o *Codex Civilis*, desta feita, vem a ser pública a tarefa de zelar pela dignidade, liberdade, inclusão social, paridade entre outras prerrogativas atinentes ao espectro particular da coletividade.

A partir da CF 88 nota-se que houve uma reestruturação da ordem jurídica, dado a publicização do direito privado trazida pela vanguarda cidadã.

Dessa forma, aduz-se que o Brasil está constituído em um Estado Democrático de Direito, e adotou dentre os seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1, inc. I e II). Igualmente, determinou como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3, I e III). (Brasil, 1988, p. 07).

Nessa perspectiva, a lei deve ser entendida como um mecanismo para se alcançar a redução das desigualdades sociais e não apenas para imprimir comportamentos que favoreçam uma determinada casta social. Daí a necessidade de empregar uma visão mais equitativa sobre o Direito.

Assim, houve uma humanização os direitos privados, uma vez que foram ossificados os princípios da dignidade da pessoa humana em contraposição ao patrimonialismo; da igualdade de oportunidades em detrimento do sistema patriarcal e privilégios; da boa-fé objetiva a temperar a autonomia da vontade; da função social ao contrário do individualismo que predominava na fruição dos direitos reais.

Atualmente, ressurgiu a ideologia de diminuição do Estado e da entrega da atividade produtiva para a iniciativa privada. É a fase do neoliberalismo, em que foi dado início às grandes reformas administrativas, v.g., privatizações, abertura do mercado e desregulamentações.

Entretanto, para equilibrar a atual fase histórica, o Judiciário brasileiro deve assumir uma postura mais intervencionista no cumprimento dos contratos e na interpretação da lei, com o escopo de promover a justiça social. Notadamente após a Constituição Federal de 1988 e a edição de diplomas como o Código de Defesa do Consumidor, e do Novo Código Civil; tem-se verificado uma tendência em se perquirir a justiça social, mesmo que para isso se dê novo sentido à lei ou se revise o negócio jurídico. Nesse sentido, escreveu Orlando Gomes¹:

Orienta-se modernamente o Direito no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico.

Corrige situações injustas a que conduziu, quando imperava na órbita política e econômica, o liberalismo, dando-lhes conteúdo mais humano, social e ético. Tende, em resumo, para a socialização e a moralização, na conformidade das convicções a esse respeito dominantes.

O Direito das obrigações elaborado no século XIX, calcado no Direito Romano e aperfeiçoado principalmente na Alemanha, pela Escola das Pandectas, concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes.

¹ GOMES, Orlando. **Transformações Gerais dos direitos das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 2-3.

É cediço que a Constituição deixou de atuar somente no campo público e passou a se interessar também pela esfera privada dos direitos particulares. Na contemporaneidade o sistema constitucional relega o patrimônio a segundo plano e elegeu como epicentro, a pessoa humana e os seus valores existenciais.

Logo, a personalidade mais que um direito é um valor. Daí a solidariedade adquire peso jurídico, com reflexos na restrição da autonomia da vontade. Há, assim, um intervencionismo do Judiciário na proteção do pólo mais fraco e do interesse coletivo.

Desse esboço, observe-se que o contato do intérprete com o objeto do conhecimento não é feito de forma direta. Assim, não há uma imediatidade na relação entre esses dois elementos. Logo, haverá, para Gadamer, sempre um conteúdo intermediador cognominado de mediação, que conferirá contornos e matizes que não fazem parte da estrutura principal da coisa perscrutada.

Do estudo perscrutado até agora, identificamos o fenômeno da mediação no instituto da posse. Ora, fomos acostumados a interpretá-la a partir da mediação das idéias da Revolução Francesa. Essa ideologia pregava o liberalismo e a não ingerência do Estado. Logo, a concepção clássica da posse partia da premissa que era um valor absoluto e que o Estado não podia intervir para gerar justiça social.

Com a mudança de paradigmas da pós-modernidade, passou-se a sublimar o vetor do Estado Democrático de Direito, da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Esses novos mediadores quando aplicados a interpretação da posse geraram uma outra visão, qual seja a função social da posse. Nessa perspectiva, houve a relativização desse instituto, a punição do abuso desse direito e um sistema de desestímulos a terra improdutiva.

Ressalte-se que o núcleo da posse, em nada mudou, porquanto continua sendo o poder de usar a coisa dando a mesma destinação que o seu senhor faria. Inobstante, ao passo que transplantamos o mediador, do foco dos ideais de 1789, e partimos para os vetores democráticos, o produto da interpretação se metamorfoseia, gerando novos efeitos.

Nesse espectro, constatamos que as coisas que estão sob nossa interpretação, podem mudar diametralmente de significado, a medida que os mediadores forem modificados. Com isso sua

aplicação na realidade gerará novos resultados, mais condizentes com as expectativas da sociedade.

3.2 NOVAS TENDÊNCIAS INTERPRETATIVAS DO INSTITUTO DA POSSE

Frente a mudança de paradigmas, houve o que se convencionou chamar de crise da pós-modernidade. Trata-se do movimento que pôs em cheque uma série de conceitos vetustos que o Direito, por séculos, havia incorporado.

Nessa conjuntura, é preciso entender o Direito moderno a fim de dar uma interpretação à posse, cônsona com o Estado Democrático de Direito. Esse conceito apregoa uma justiça material nas relações humanas e o efetivo exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Desta feita, a proteção da pessoa nas suas relações privadas não se esgota na garantia dos direitos subjetivos, como o fora tradicionalmente. Assim, a garantia dos direitos de primeira dimensão não são suficientes para rebelar as situações de iniquidades.

Portanto, no afã de acompanhar as vicissitudes históricas e as novas demandas sociais a posse foi ganhando uma nova nuance. Trata-se de uma concepção advinda da segunda dimensão dos direitos fundamentais. Essa classe de direitos é marcada por uma atitude proativa do Estado frente aos particulares. Logo, o Estado lança mão dos institutos jurídicos como agentes transformadores da realidade em benefício da população.

A partir dessa releitura dos institutos civis, utilizando-se das lentes do direito público, foi que as cartas constitucionais mais modernas insculpiram entre os direitos fundamentais do ser humano, a pilastra da função social da propriedade. Nesse espectro, a Constituição Federal Brasileira professa: Art. 5º, XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social.”²

Aplicando-se analogicamente esse princípio, entrevê-se a idéia de uma função social da “posse”. Desta feita, com muito mais razão há que se exigir daquele que não é proprietário, mas que apenas aparenta-se como tal, que aja de acordo com o que se exige do titular de um

² VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos, Windt, Livia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 08.

bem, dando produtividade e utilização cônsona com o direito e com os fins sociais.

Deveras, o direito não existe para legitimar injustiças. Para que o domínio de um bem da vida mereça o agasalho legal precisa que se dê a destinação constitucional adequada aos objetivos eleitos pelo nosso Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, na nossa realidade política, o Estado exige que o possuidor utilize a coisa dando o seu devido fim econômico, qual seja a produção de riquezas. Em um mundo voltado para a circulação de mercadorias não se admite que a terra sirva como bem ocioso. Ela deve funcionar de acordo com o que foi ordinariamente previsto e gerar progresso para a coletividade. Exemplo disso é a previsão constitucional do IPTU progressivo sobre as terras improdutivas, culminando em sua desapropriação.

Em continuidade à evolução interpretativa e adaptação do instituto da posse, observa-se a sua concatenação com a terceira dimensão dos direitos fundamentais, que traz a proteção dos direitos difusos. Essa classe de direitos caracteriza-se, basicamente, por uma indeterminação de titulares, haja vista os seus efeitos se espraiam pela coletividade. Nesse pórtico, exige-se atualmente da posse, que seja exercida com respeito ao meio ambiente.

Deveras, foi ossificado em nosso Ordenamento, o instituto do abuso de direito. Trata-se de casos nos quais, embora se tenha direito ao uso da coisa, no momento em que se extrapola a sua utilização racional e se passa a prejudicar outrem, o direito se transforma em ilícito. Portanto, o titular da posse tem o dever de exercer o seu direito em consonância com a proteção ao meio ambiente, sob pena de incorrer em abuso de direito.

No que pertine aos direitos de quarta geração, é preclara uma preocupação com os valores mundiais, tais como a paz, a autodeterminação dos povos e o respeito às minorias. Nesse diapasão, muitas são as situações em que o exercício indevido da posse desrespeita as minorias.

Ora, em determinados casos, a Constituição destinou a um determinado grupo a posse permanente sobre uma área, em detrimento de qualquer outra pessoa. Nada obstante, atitudes de violência física e econômica tem privado esses destinatários constitucionais do acesso à terra.

Essa situação configura a realidade dos indígenas do Brasil. Aos serem expulsos de suas terras, por violência particular ou governamental, foram preteridos em favor de particulares que não exercem a devida função social da posse, por ferir o mandamento constitucional que dá aos silvícolas a exclusividade de posse sobre a terra que habitam.

Só com o desvendar do específico sentido da posse na seara indígena e com a efetivação de seus mandamentos é que se começará a alcançar a função social dos direitos reais, tão colimada pelo Ordenamento.

Nesse diapasão, Jürgen Habermans³ critica as soluções encontradas pelo liberalismo para preservação dos direitos das minorias, haja vista, seu conteúdo genérico e egoístico não ser apropriado para solucionar, com justiça, todos os conflitos vividos existentes na realidade.

Acontece que não se pode infligir às minorias, o mesmo tratamento dado a totalidade da população civil. Assim, além da imperiosidade de conferir justiça social no tratamento da posse para a sociedade, há ainda a necessidade de conferir disciplina jurídica diversa para as minorias.

Parafraseamos, a seguir, o pensamento de Habermans⁴:

O pensamento liberal tem por objetivo proteger a liberdade do indivíduo enquanto cidadão da sociedade (liberdades subjetivas iguais para todos). Essa visão, porém, permite o surgimento de uma interpretação egoísta da liberdade.

A liberdade ética igual para todos cai em contradição consigo mesma no decorrer da execução do programa liberal, pois uma Constituição liberal garante a todos os cidadãos a igual liberdade de configurar sua vida seguindo os ditames de sua própria concepção do bom.

Daí a retomada pelo republicanismo, de uma idéia de liberdade ampliada intersubjetivamente e ligada ao papel de cidadão democrático (solidário, participativo).

Mesmo assim, a fusão entre cidadania do Estado e cultura nacional gera uma interpretação dos direitos dos cidadãos insensíveis às diferenças culturais. Por isso, no âmbito

³ HABERMANS, Jürgen. Entre naturalismo e religião. **Estudos filosóficos**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007.

⁴ *Ibidem.*, p. 301-347.

de sociedades pluralistas, quando se atribui precedência política a um bem comum impregnado politicamente em detrimento da garantia efetiva de liberdades éticas iguais, gera-se discriminação de modos de vida divergentes.

Direitos culturais decorrem da proteção à dignidade humana, pois deve-se assegurar ao homem igual acesso aos padrões de comunicação, às relações sociais, às tradições e condições de reconhecimento, os quais são necessários ou desejáveis para o desenvolvimento, a reprodução e a renovação de sua identidade pessoal. Daí assegura-se direitos coletivos (direitos de certos “grupos de identidade”).

Direitos coletivos autorizam grupos culturais a manter recursos e a disponibilizá-los para que seus membros possam lançar mão deles a fim de formar e estabilizar sua própria identidade pessoal.

Assim, uma vez que o procedimento democrático faz a legitimidade das decisões depender das formas discursivas de uma formação inclusiva da opinião e da vontade, as normas destinadas a garantir iguais direitos só podem surgir quando se tem conhecimento dos fardos diferenciados que implicam e após a avaliação desses fardos.

Apenas o universalismo igualitário que exige iguais direitos, sem deixar de ser sensível às diferenças, tem condições de satisfazer as exigências individualista que consiste em garantir eqüitativamente a integridade vulnerável do indivíduo que é insubstituível e cuja biografia é inconfundível.

Pelo exposto, corrobora-se com a interpretação feita pelo autor que é necessária uma disciplina jurídica própria para proteger devidamente às minorias.

Assim, em uma análise do direito à posse de suas terras, é mister uma legislação que traga outros critérios identificadores da existência da posse, bem como novas formas de proteção, tudo de acordo com a realidade vivida por determinada classe desfavorecida.

Na situação dos índios, é preciso verificar a sua cultura, sua relação com a terra, as agressões sofridas no passado e a dizimação vivida no presente, para esquadriñar um conjunto normativo hábil a conferir justiça ao trato da posse de suas terras.

4 A VISÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO APLICADA À POSSE INDÍGENA

A Constituição Federal de 1988, ao constituir o Brasil em um Estado Democrático de Direito, firmou um compromisso maior com os valores da cidadania, dignidade da pessoa humana; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza; marginalização; e das desigualdades sociais e regionais.

Nesse pórtico, abandonou o trato eminentemente egoístico, utilitário e capitalista que direcionava à posse, por influência do liberalismo.

Com o avançar da história e da consciência política e jurídica, a posse passou a ter uma função social, no sentido de geração e distribuição justa de riquezas. Esse novo paradigma democrático orientou os países a projetarem na posse, uma tendência de proteção às minorias, a partir de leis que consagassem as novas características constitucionais, com as especificidades necessárias para preservação de um grupo diferente.

Nesse contexto, observa-se a aplicação da ideologia do Estado Democrático de Direito na preservação de uma posse da minoria indígena, que vê nesse instituto a preservação de sua existência e identidade.

4.1 A POSSE NO ÂMBITO INDÍGENA: DISTINÇÃO

A posse indígena não pode ser confundida com aquela posse de cunho estritamente civil.

Para o Direito Civil, a posse é uma relação material com a “res”, na medida em que seu titular guarda e age como senhor do bem. Nessa posse há uma vinculação ao conceito de propriedade, posto que se busca proteger uma relação de fato que aparenta todos os traços de uma relação de domínio.

Já a posse indígena é preliminar a qualquer outra relação. Não pode ter sua proteção subordinada a existência de uma aparência com a propriedade ou confundida meramente com a posse civil ou ocupação geral, que decorre de transferência a terceiros.

O constituinte federal de 1988 ossificou as peculiaridades da posse indígena quando esculpiu o seu art. 231, §2º, “*in verbis*”: Art. 231, § 2º- “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”⁵

⁵ VADE MECUM, *op.cit.*, p. 69.

Há que se buscar os elementos caracterizadores da posse indígena no instituto do indigenato, que confere uma relação jurídica inaugural entre a terra e os seus primeiros ocupantes. Aliado a isso, verifica-se a forma de os índios se relacionarem com a terra, por meio de um modo de vida tradicional que se perdura pelo tempo.

Entrevê-se no retromencionado dispositivo uma intenção de dar nova roupagem à posse. Encontra-se nesse sentido uma busca pela cultura dos índios, para definir quais as terras sobre sua posse. É por meio de seu modo de vida, ou seja, a tradicionalidade de sua relação com a terra que se pode dizer que uma terra está na posse dos silvícolas.

Quando a Constituição fala que as terras tradicionalmente ocupadas serão de posse permanente dos índios, não se procura saber a quantidade de anos que a população habita a gleba. Deveras, o que se investiga é se os índios empregam a tradição de seus antepassados e de seus costumes peculiares na ocupação da terra, na inter-relação com seus elementos vivos bem como pelas práticas das atividades religiosas, lúdicas e recreativas pelos primitivos.

A destinação da terra para a prática de atividade produtiva, também é outro fator que caracteriza a posse indígena. Haja vista que é da cultura popular aborígene uma destinação útil do seu ambiente, na moradia, ou na extração dos recursos, ainda que não seja nos moldes capitalistas atuais.

Preclara é a lei ao diferenciar a posse aplicada aos indígenas e aos civis. Sua intenção com isso foi imprimir efeitos diversos a esses institutos. Quando se referir ao âmbito aborígene, a posse deve ser encarada de forma mais flexível, ou seja, não se exige rigorismo na verificação de requisitos civis para se conferir proteção à permanência dos índios em sua terra.

Portanto, o real alcance do conceito da posse indígena tem o afã de salvaguardar a subsistência física e cultural do índio.

4.2 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL SOBRE DIREITOS INDÍGENAS

A disciplina da posse indígena na realidade constitucional brasileira teve as suas bases traçadas eminentemente pela Constituição Federal. Logo, para que essa posse seja devidamente compreendida, precisa que se conheça o pensamento constitucional a respeito.

As legislações brasileiras sempre trataram sobre o direito dos índios à posse de suas terras. Remontam ao Brasil-colônia as primeiras referências a esse tema, tendo sido retomado pelas leis no Império e durante toda a fase republicana.

Nada obstante, foi com a Constituição de 1988 que o Brasil avançou significativamente na ampliação dos direitos indígenas e que galga alcançar a efetividade de seus postulados. Citamos os principais a seguir:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e o direito originário às terras que tradicionalmente ocupam, competindo a União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

[...]

§ 4º - As terras de que trata esse artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do congresso nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenha por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o artigo

[...] ⁶

⁶ VADE MECUM, *op.cit.*, p. 45

Ao lume do expositado, percebe-se que os direitos dos índios no Brasil giram em órbita da posse de suas terras. A partir da efetivação desse direito fundiário é que se pretende preservar a identidade, resgatar a cultura e os demais direitos dos silvícolas.

Observe-se que na medida em que a posse indígena foi tratada no cerne da CF, suas normas passam a ser interpretadas como de ordem pública. Logo, devem ser implementadas pelo Judiciário, *ex officio*, independente de argüição da parte. Sendo impossível a sua prescrição.

Outra interpretação a que se pode chegar é que a posse do índio às suas terras tem natureza de direito fundamental. Destarte, segundo os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet⁷, ainda que o direito não esteja incluso no catálogo do artigo 5º da CF, é possível a sua configuração como direito fundamental, para isso é preciso conter uma decisão fundamental sobre a estrutura básica do Estado, que tenha uma equivalência com os demais direitos fundamentais do catálogo, bem como que tenha direta imbricação com a dignidade da pessoa humana. Acerca dos direitos fundamentais, cita o autor:

Direitos Fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na Constituição formal.

A consequência hermenêutica de se considerar a natureza da posse indígena como direito fundamental exsurge com o tratamento previsto pela Constituição para essa classe especial. Assim preceitua o § 1º, do art. 5º da CF 88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.⁸

Por conseguinte, as normas previstas no art. 231, CF, tem efeito concreto, ou seja, são auto-aplicáveis, haja vista não precisarem de complementação legislativa para sua efetivação na realidade.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 91.

⁸ VADE MECUM, op.cit.

Assim, malgrado o legislador ordinário já ter disciplinado a matéria na Lei 6.001/73, diploma conhecido como Estatuto do Índio, seria possível aplicar diretamente os dispositivos constitucionais independente de positivação ordinária.

Outrossim, a característica de direito fundamental também confere à posse indígena a conotação interpretativa de cláusula pétrea (art. 60§ 4º, CF 88) . Dessa feita, o legislador constitucional derivado não poderá diminuir as previsões normativas previstas na Constituição para a tutela da posse indígena.

Contudo, a importância do tema estar gravado na própria Constituição eleva-se quando considerado um possível conflito das normas que protegem a posse particular e a posse indígena. Nessa situação, os dispositivos constitucionais indígenas teriam que ser interpretados com preponderância, por serem hierarquicamente superiores.

Já no caso de conflito aparente com outros dispositivos constitucionais, teriam o conflito resolvido a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, posto que se os direitos indígenas também são direitos constitucionais não é possível a extirpação de nenhum, antes uma conciliação no caso concreto.

5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CONFLITO ENTRE POSSE NO SISTEMA CLÁSSICO E NO SISTEMA CONSTITUCIONAL INDIGENISTA

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como proibição do excesso, não tem previsão expressa na Constituição Federal. Contudo, foi reconhecido como princípio implícito, decorrente do devido processo legal.

Esse princípio é composto pelos elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Busca-se, respectivamente, o meio mais hábil para se conseguir o fim desejado, que esse mecanismo seja o menos traumático possível e que se conciliem os interesses em jogo.

O correto uso desse princípio determina apenas a prevalência de um princípio sobre o outro no caso concreto e não sua eliminação. Logo, sempre se aplicará à relação apreciada, o núcleo mínimo do princípio.

A sua aplicação tem se mostrado indispensável na colisão entre direitos fundamentais que ocorrem em alguns casos concretos. É

corrente a aplicação do princípio da proporcionalidade no conflito entre a posse tradicional e a posse indígena, baseada numa visão democrática do direito.

De um quadrante existe a proteção à propriedade/ posse particular, como forma de garantir o patrimônio dos cidadãos. Entretanto, deve-se entender que a proteção que a Constituição lhes garante é apenas de forma geral. Portanto, excepciona essa prerrogativa sempre que outras razões em jogo mostram-se mais relevantes ao interesse público e à justiça social. É o caso das desapropriações por interesse público e as requisições administrativas.

Por outro lado, é preciso assentar que a relação do índio com a terra é mais que uma relação econômica, porquanto se traduz numa interação ecológica. Por conseguinte, a retirada de um índio do seu habitat é mais traumática que o desalojamento de um não-índio de sua terra.

Agregue-se que ao proteger a posse de terras indígenas, está também zelando pelo erário público, haja vista que a propriedade das terras de posse indígena é de titularidade da União.

Por fim, saliente-se que o particular que foi desintrusado da terra indígena não perderá o seu patrimônio. Destarte, este civil será devidamente indenizado pelas benfeitorias de boa-fé presente naquela terra.

Da apreciação do conflito em comento, vislumbra-se uma colisão aparente entre, de um lado, o direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à diversidade cultural dos índios, e, do outro, o direito de posse clássica ou propriedade dos titulares da área.

A missão do princípio da proporcionalidade é fazer prevalecer o princípio que esteja mais cônsono com os objetivos e fundamentos do Estado, dentre eles destaca-se reduzir as desigualdades sociais e gerar a justiça distributiva.

Assim, verifica-se, que, no caso concreto, a relação do índio com a terra deve ser vista como mais importante que a correlação econômica que o particular tem com o quinhão. Deveras, a sublimação do interesse indígena é mais condizente com a Constituição Federal que o mero privilégio ao patrimônio particular e portanto, via de regra, deve haver a sua prevalência.

6 CONCLUSÃO

O paradigma da equidade, cristalizado pelo Estado Democrático de Direito, busca conferir justiça material a partir da efetivação dos direitos fundamentais. Esse ideário assenta-se na sistemática da Constituição Federal de 1988, que consagrou como seu fundamento axiológico maior a dignidade da pessoa humana.

Logo, tal parâmetro hermenêutico deverá orientar a todos os institutos da Ordem jurídica, que doravante, substituirão a concepção liberal burguesa, que por séculos mediou a visão dos institutos jurídicos.

Nesse diapasão, a posse tem assumido outras interpretações, além da proteção de riquezas. Hoje, entrevê-se nesse instituto uma função socializante, que exige produtividade, redistribuição de renda, proteção ao meio ambiente e guarida das tradições das minorias. O desacato a essas exigências configurará abuso de direito e deverá ser desestimulado pelo Ordenamento.

A História conta a execração dos indígenas no país e como isso ameaça à manutenção de sua cultura. Uma das formas de garantir a perpetuação desses povos é por meio da salvaguarda dos seus direitos, máxime a proteção à posse das suas terras. Destarte, a terra para o indígena tem uma representação especial, haja vista que é por meio dela que os índios conseguem a sua subsistência e a prática das atividades que distinguem a sua etnia.

Os índios, mais que os outros indivíduos, precisam de instrumentos garantistas para manter a posse de seu espaço. Daí a importância da nova interpretação da posse trazida com a atual Constituição. Nesse sentido, a posse indígena deve ter sua existência aferida de forma mais flexível, a partir de outros requisitos além dos estritamente civis, tais como o indigenato e a tradicionalidade.

Dessa feita, a posse como direito fundamental do índio, deve ter uma prelação quando em conflito com os interesses particulares. Nada obstante, será mister fazer bom uso do princípio da proporcionalidade, para acastelar o pensamento condizente com o Estado Democrático de Direito, sem desprezar o núcleo mínimo dos direitos preteridos.

Só com uma nova leitura dos institutos clássicos, a partir de uma lente constitucional, será possível ponderar os direitos à posse e à dignidade da pessoa humana, a fim de implementar o paradigma da cidadania como bem maior que um Estado pode conferir ao seu povo.

7 REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1, tomo**: estudo dogmático. Rio de janeiro: Forense, 1999.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. A demarcação de terras indígenas e a constitucionalidade do decreto 22/91. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, Brasília, n. 8, p. 110-120, jan./jun. 1996.
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.
- COUTINHO, Ricardo Ramos. **As Terras Indígenas**. Direitos dos índios e Demarcação. Legislação, Doutrina e Jurisprudência. Disponível em : < www.funai.gov.br / Procuradoria – artigos>. Acesso em: 11 jun. 2007. p. 2-3.
- FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HABERMANS, Jürgen. Entre naturalismo e religião. **Estudos filosóficos**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007.
- GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas**. In: Doutrina STJ, Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília, 2005.
- GOMES, Orlando. **Transformações Gerais dos direitos das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- SANTILLI, Juliana. **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. 1. ed. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2006.
- VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos, Windt, Lúvia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- VALE, Ionilton Pereira do. **As dimensões dos Direitos Humanos Fundamentais**. Rio de Janeiro-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2006.

AS ASTREINTES E A IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA

*Luiz Antonio Miranda Amorim Silva, Procurador Federal
Lotação: PFE-INSS de São José dos Campos.*

Súmarío: 1 Introdução; 2 Astreintes; 3 Aspectos Das
Astreintes A Sugerir Sua Natureza Instrumental;
4 *Contempt Of Court*; 5 Posição Da Doutrina E
Ressalva Do Impossível; 6 Justiça E Autoridade Da
Decisão Jurisdicional; 7 Conclusão; 8 Referências.

RESUMO: Para dar subsídios a qualquer interessado que se depare com a problemática da permanência, ou não, das astreintes com a improcedência da demanda, o presente artigo buscou, em primeiro plano, apresentar as astreintes, sua conceituação, sua relação com a tutela específica, a possibilidade de sua aplicação de ofício, como também o debate da doutrina a respeito da sua natureza jurídica e seu escopo. Para compreender melhor os objetivos das astreintes, se há predominância do caráter instrumental ou punitivo, o capítulo segundo tratou sobre os pontos que parecem indicar a prevalência do caráter instrumental, pois se clarificou o fato de a astreinte não ter natureza indenizatória, o fato de a responsabilidade pela execução de provimento provisório se dar sob responsabilidade do demandante, além da questão da possibilidade de adequação posterior do valor da multa em caso de insuficiência ou exacerbação. Ainda com o mesmo objetivo, o capítulo terceiro tratou sobre a doutrina do contempt of court demonstrando a relação existente entre essa doutrina e as *astreintes*, chegando, inclusive, a classificar a violação da prestação imposta sob pena de astreintes como *contempt of court civil*. Ainda no capítulo terceiro, constatou-se a extrema vinculação da multa do Parágrafo Único do Art. 14 do Código de Processo Civil com o contempt of court e traçou-se uma comparação dessa multa com as astreinte, discutindo-se, ainda, o destino dessa chamada multa do contempt quando há improcedência da demanda. No quarto capítulo, ressaltou-se a posição de estudiosos do tema e ainda se examinou o caso de impossibilidade material de cumprimento da prestação ordenada sob pena de astreintes, destacou-se, pela excepcionalidade da situação que, nesse tipo de caso, mesmo adotada a posição da corrente minoritária, não se pode sustentar a manutenção das astreintes sob pena de caracterizar-se o enriquecimento ilícito da parte demandante, na medida em que ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível, tampouco alguém pode ser punido por não realizá-lo. Em capítulo final, destacou-se o fato de a questão eleita como tema pôr em choque a justiça do caso concreto com a autoridade da decisão judicial, o que, em última análise, representa o conflito entre o princípio da justiça com o princípio da segurança jurídica. Demonstrou-se, com isso, que a opção pela predominância de qualquer desses princípios é questão essencialmente ideológica, política, por isso, defendeu-se a busca da solução que mais se aproxima ao sistema proposto pelo CPC. Finalmente, tomou-se a posição que se pareceu a mais coerente com as considerações desenvolvidas e, por conseguinte, com o direito posto nacional. Assim, defendeu-se que o direito pátrio parece se aproximar da solução pela supressão da multa no caso de improcedência da demanda.

PALAVRAS-CHAVE: *Astreintes*. Improcedência da demanda.

1 INTRODUÇÃO

A busca pela efetivação da tutela específica, por garantir ao demandante exatamente a prestação que pleiteia no judiciário, é preocupação constante dos operadores do direito e já foi o alvo de algumas reformas do Código de Processo Civil Brasileiro.

Dentre os instrumentos cabíveis ao magistrado, em tal busca, encontra-se a possibilidade de aplicação de multa para o eventual descumprimento de sua decisão.

O art. 461 e o art. 461-A permitem a imputação de multa, inclusive, antes da decisão final de mérito, isto é, tem-se possível, em processo de conhecimento, a aplicação dessa multa para dar força à decisão que antecipa os efeitos da tutela.

A questão que se apresenta diz respeito ao seu destino no caso da improcedência da demanda, tanto em se tratando da improcedência por conta de mudança de posicionamento do magistrado de primeira instância, como por reforma da sentença em decisão recursal.

Partir-se-á, então, para uma análise do grau de vinculação da decisão que aplica astreinte com a decisão final da demanda.

Assim, o capítulo inicial buscará apontar as questões básicas envolvendo as astreintes, como conceito, natureza jurídica, escopo, sua relação com a tutela específica, além da possibilidade de sua aplicação de ofício pelo Magistrado.

Em seguida, questões mais polêmicas envolvendo as astreintes serão exploradas, especificamente as que fazem sugerir a natureza instrumental delas.

No capítulo terceiro, como contraponto, será feita uma análise da noção de autoridade da decisão judicial, apoiada na doutrina do *contempt of court*, desenvolvida no direito Anglo-Saxão. De forma a analisar a relação entre *astreinte* e autoridade jurisdicional, examinando até que ponto esse tipo de multa possui caráter punitivo, comparando-se, inclusive, a denominada multa do *contempt of court*, prevista pelo Parágrafo Único do art. 14, com as astreintes. Examinar-se-á, ainda, o destino da multa do *contempt* no caso de improcedência da demanda, para que, posteriormente, se aponte a relação dessa análise com a questão eleita como tema deste estudo.

Partir-se-á para um exame das opiniões dos doutrinadores dedicados ao tema, buscando apontar o posicionamento e razões destes.

Far-se-á uma reflexão quanto aos casos de impossibilidade material do cumprimento da decisão que impõe multa por seu descumprimento, perquirindo em tal espécie de situação, deve-se acompanhar, ou não, a solução possivelmente adotada como regra geral.

Ainda será analisado o choque de princípios que ocorre quando se tem de definir uma solução para a questão eleita como tema do presente estudo.

Tudo isso, com o intuito de apresentar, ao operador e estudante de direito, os subsídios necessários para a tomada de posicionamento quanto ao tema em destaque.

Assim, finalmente será sugerido o posicionamento que se mostre mais razoável e condizente com o estudo desenvolvido, apenas para que se saiba a impressão do autor quanto à questão desenvolvida.

2 ASTREINTES

Denomina-se, para efeito do presente estudo, *astreinte* como a multa coercitiva aplicada pelo magistrado com base no artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

Conforme afirma Fredie Didier Jr., em conjunto com Paula Sarno e Rafael Oliveira, tal multa “trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às astreintes do direito Francês”¹, desse modo seguindo a doutrina tradicional, utiliza-se do termo *astreinte*, embora este não conste expressamente no texto da legislação processual brasileira.

Logo, de plano, observa-se *astreinte* como medida coercitiva destinada a impor o cumprimento de determinada obrigação. Como se compreende da lição do professor Guilherme Amaral Rizzo que entende a *astreinte* como medida de coerção, verdadeira técnica de tutela, isto é, meio à disposição do magistrado para alcançar a tutela dos direitos do autor².

2.1 AS ASTREINTES E A TUTELA ESPECÍFICA

Importa o exame da multa utilizada para o que Leonardo da Cunha denomina de “tutela antecipada específica, destinada ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa”³.

1 BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA Rafael. **Curso de direito processual civil**. v.2. Salvador: Podivm, 2007. p. 465.

2 AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil Brasileiro - Multa do artigo 461 do CPC e outras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 132.

3 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas questões sobre as *astreintes* (multa cominatória). **Revista Dialética de Direito Processual**, 15: 95-104, São Paulo, Dialética, jun. 2004, p. 95.

Assim, retomando a noção de multa cominatória ou astreinte, tem-se, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, que a “multa, ou a coerção indireta, implica ameaça destinada a convencer o réu a adimplir a ordem do juiz”⁴.

A multa apresenta-se, pois, como forma de causar temor ao sujeito paciente de forma que ele adote a conduta esperada pelo poder judiciário realizando exatamente a prestação querida pela parte. Configura-se, então, conforme pontua Fredie Didier Jr., como “um meio, um instrumento de viabilização da tutela jurisdicional”⁵.

Destaca-se, também, o fato de a astreinte poder se apresentar na forma tipificada pelo CPC como multa diária, presente no §4 do art. 461, bem como através da multa por atraso de que pode se utilizar o Julgador no momento de buscar a efetivação de sua decisão, §5º, art 461.

Logo, o importante para que tenha natureza jurídica de *astreinte* é que a multa se destine a forçar o cumprimento da prestação devida pelo demandado e possa ter seu valor fixado livremente pelo Magistrado, independente da periodicidade em que a multa incide. Assim, no que diz respeito à análise de sua natureza, pouco importa se é fixada como multa por dia, hora, minuto ou qualquer outro período de atraso no cumprimento.

2.2 APLICAÇÃO DE OFÍCIO DAS ASTREINTES

Um outro aspecto que não pode deixar de ser destacado corresponde à possibilidade da imposição *ex officio* da multa coercitiva.

Não resta dúvida, o Magistrado pode estabelecer a multa de que ora se trata independente de provocação para tanto. Como se depreende da clareza meridiana dos dispositivos seguintes:

Art. 461. [...] § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias,

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p 72.

⁵ BRAGA, op.cit., p.305.

tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Releva-se, por conseguinte, que a natureza instrumental das *astreintes* na efetivação da tutela específica independe da própria provocação nesse sentido.

2.3 DIVISÃO DOUTRINÁRIA QUANTO À NATUREZA DAS ASTREINTES

Pode-se constatar, nesse momento, que, para alguns, as *astreintes* não se apresentam tão somente como um instrumento de que dispõe o demandante para ter seu direito efetivado, mas também como uma forma de conferir ao Magistrado garantia da autoridade de sua decisão.

Assim, uma corrente, que se pode afirmar majoritária, entende ter a multa natureza eminentemente acessória à obrigação principal, defendida por autores como Mariononi⁶, Eduardo Talamini⁷, Freddie Didier Jr.⁸ entre outros.

A corrente oposta acentua a importância da multa na confirmação da própria autoridade da decisão judicial e apresenta-se encabeçada pelo processualista Joaquim Felipe Spadoni⁹.

Assim, cabe a análise dos aspectos a indicar a natureza instrumental das *astreintes*, bem como seu papel diante do *contempt of court*.

3 ASPECTOS DAS ASTREINTES A SUGERIR SUA NATUREZA INSTRUMENTAL

3.1 ASTREINTES E CARÁTER INDENIZATÓRIO

Uma noção que precisa ser explorada é a de que as *astreintes*, no direito brasileiro, não apresentam caráter indenizatório.

Observe-se, nesse sentido, o ensinamento do processualista Leonardo José Carneiro da Cunha:

Se é certo que a indenização por perdas e danos pressupõe um efetivo prejuízo do autor, exatamente por

⁶ MARINONI, op. cit., p.111.

⁷ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001. p. 259.

⁸ BRAGA, op. cit., p. 360.

⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: RT, 2002, p. 182.

revestir matiz compensatório e servir de sucedâneo da obrigação específica (CPC, Art. 461, §2º), não se afigura menos evidente que a multa prevista no §4º daquele art. 461 do CPC tem a finalidade precípua de coagir o réu ao atendimento do preceito cominatório, consistente em determinação de cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer¹⁰.

Tem-se claro, dessa forma, que a multa tem escopo distinto das perdas e danos. Por isso, quando a prestação pleiteada deixa de ser útil à parte demandante, tem-se a substituição da prestação por perda e danos, mas isso não afasta a necessidade de pagamento do valor das astreintes, sendo perfeitamente cabível a cumulação. Atente-se, uma vez mais, aos ensinamentos de Leonardo da Cunha:

À evidência, as *astreintes* contêm invidioso caráter coercitivo, daí resultando sua independência de qualquer finalidade ressarcitória, a permitir que seja cumulada com a indenização por perdas e danos causadas pelo descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. Desse modo, a multa poderá ser imposta mesmo na hipótese de não haver qualquer prejuízo¹¹.

Trazendo esta análise mais próxima ao tema em debate, tem-se que afastado o caráter indenizatório da multa, não parece caber qualquer argumentação pela manutenção ou supressão das *astreintes* alegando a necessidade, ou não, de reparar a parte contrária.

3.2 RESPONSABILIDADE PELA EXECUÇÃO DE PROVIMENTO TEMPORÁRIO

Por outro lado, é conhecimento rotineiro entre os estudiosos de Processo Civil que as execuções de provimentos antecipatórios, de provimentos cautelares, bem como as execuções provisórias ocorrem sob a responsabilidade do demandante.

Assim, quando se tem a mudança de entendimento quanto ao mérito, não cabendo mais razão para o beneficiado por tutela de cognição sumária, a parte contrária, demonstrando ter sofrido prejuízo com o provimento cautelar ou antecipatório, tem direito de ser ressarcida pela

¹⁰ CUNHA, op. cit., p. 99.

¹¹ *Ibidem*.

parte demandante. O mesmo ocorrendo em relação ao que foi executado provisoriamente, mas sofreu reforma em sede recursal.

No que tange exatamente aos provimentos cautelares, esta responsabilidade vem expressa no art. 811 do Código de Processo Civil, já em relação à execução provisória o CPC também é expresso no Art. 475 – O, conforme se observa do inciso I deste dispositivo: “I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; [...]”

Assim, a reflexão que se impõe é a de que a *astreinte* aplicada, em provimento provisório ou temporário, gera evidente prejuízo. Se a parte que sofre o referido prejuízo se mostrar vencedora no mérito, não teria direito, ao menos, a ter afastado esse prejuízo?

O raciocínio que se traça é o seguinte, se a parte cumprisse a prestação, por se encontrar ameaçada pela *astreinte*, seria ressarcida, com a improcedência da demanda, por ter realizado prestação que não lhe seria devida. Assim, se o Direito busca desfazer os efeitos da prestação indevida, por que razão deveria manter uma multa no caso de a parte não ter cumprido essa prestação?

3.3 ADEQUAÇÃO POSTERIOR DO VALOR DAS ASTREINTES

Em análise específica das *astreintes*, deixou-se estabelecido o poder do Magistrado uma forma de arbitrar o valor da multa conforme seu entendimento, de forma que o valor seja compatível com a prestação específica tutelada pelo Estado, devendo ainda ser suficiente para forçar o cumprimento da prestação pela parte ameaçada com multa.

Assim, evitando combater excessos que resultem em um enriquecimento ilícito da parte contrária, como também com a finalidade de conferir ao Magistrado uma forma de aumentar a coerção sobre a parte inerte diante do primeiro valor aplicado, o Código de Processo Civil possibilita a adequação em momento posterior da multa aplicada.

Nesse sentido, há, segundo o Código de Processo civil brasileiro, possibilidade de aumento, bem como de redução da multa, conforme o § 6º do art. 461: “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

Em acordo com o texto transcrito, parece perfeitamente possível, inclusive, a mudança no valor da multa não apenas pelo magistrado de

primeiro grau, como também pelos que julgam recursos ainda dentro do processo de conhecimento e até em sede de execução.

Dessa forma, destaca-se que até mesmo na fase de execução, pode-se ter modificado o valor aplicado a título de astreintes. Inclusive, deve-se atentar que uma mudança de valor nessa fase não viola à coisa julgada, pois conforme aponta o professor Guilherme Amaral Rizzo: “a imutabilidade da coisa julgada recai sobre a pretensão que foi acolhida, e não sobre as técnicas de coerção utilizadas no decorrer da demanda ou sobre seus resultados”¹².

A importância do disposto no §6º do art. 461 do CPC ao tema em análise se encontra na constatação de que as astreintes, mesmo após aplicadas, não são consideradas intocáveis pelo direito brasileiro.

Ou seja, caso o magistrado entenda que houve erro na apreciação fática ao impor determinado valor para a multa, pode reduzi-la ou aumentá-la conforme o seu entendimento atual.

Logo, por esse prisma, fica difícil imaginar que, ao enxergar uma mudança no seu entendimento quanto ao mérito, julgando, em momento posterior do processo, improcedente a demanda que antes tutelou impondo multa por descumprimento para tanto, tenha o Magistrado que ficar numa situação de impotência, mantendo necessariamente a multa.

A mesma análise serve aos Julgadores da Apelação, pois se estes discordam da posição do Magistrado de primeiro grau no mérito e se podem modificar o valor da multa, assim como ocorre na primeira instância, parece complicado sustentar que deveriam manter uma multa que visava forçar o cumprimento de prestação que não entendem acertada.

A reflexão que se sugere é se há valor que não seja excessivo quando já se sabe que a parte a quem beneficiam às *astreintes* não tem razão no mérito.

4 CONTEMPT OF COURT

A doutrina do contempt of court é originária do direito anglo-saxão já possuindo alguns reflexos no Brasil. O exemplo mais citado pela Doutrina se encontra na positivação da multa do Parágrafo Único

¹² AMARAL, op. cit., p. 227.

do art. 14 do Código de Processo Civil, resultante de texto elaborado por Comissão coordenada pelos juristas Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro e Ada Pellegrini Grinover, aprovado com algumas alterações pela Lei 10.358 de 27/12/2001. Ei-lo:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...]

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

No entanto, deve-se observar que a noção do contempt of court extrapola a proteção oferecida por tal dispositivo. Pois, como aponta o consagrado processualista Araken de Assis: “Pode-se definir o *contempt of court* como a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial”¹³.

Logo, esse instituto anglo-saxão envolve qualquer ato de desrespeito à autoridade do Poder Judiciário. Pode-se observar, nos países de *common law*, que o *contempt of court* é enfrentado através de multas e até prisões. No entanto, no direito brasileiro, a doutrina é majoritária em afirmar a negativa constitucional de prisão nessa hipótese.

Dessa forma, no Brasil, resta, em princípio, a multa, como instrumento coercitivo para o Estado assegurar a autoridade da decisão judicial.

¹³ ASSIS, Araken de. O *Contempt Of Court* no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul set. 2003, p. 20.

4.1 CONTEMPT OF COURT CRIMINAL E CONTEMPT OF COURT CIVIL

Deve-se considerar a tradicional classificação proveniente do direito anglo-saxão entre *contempt of court* criminal e *contempt of court* civil.

Esclarece Araken de Assis: “O *contempt* criminal consiste na ofensa à dignidade e à autoridade do tribunal ou dos seus funcionários, gerando obstáculo ou obstrução ao processo, tornando-o mais moroso.”¹⁴

O referido mestre ainda aponta que: “O *contempt* civil consiste na omissão de certo comportamento, prescrito pelo tribunal, a favor de uma das partes”¹⁵.

Assim, compreende-se que, enquanto no *contempt* criminal importa o fato de o ato provocar a má reputação da corte, no *contempt* civil importa o poder do ato de frustrar direito alheio prescrito por uma corte de justiça.

4.2 A MULTA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 14 DO CPC E AS ASTREINTES

Levando em consideração a distinção operada no capítulo anterior, apresenta-se adequada a afirmação de que a multa prevista no parágrafo único do art. 14, do CPC, tem uma maior aproximação com o *contempt* criminal, pois não se encontra prevista com o escopo principal de fazer com que a outra parte receba tempestivamente e especificamente a tutela pleiteada, mas com a função primordial de punir aquele que atentou, na forma do dispositivo, contra a dignidade da jurisdição.

Logicamente não se pode negar que essa multa reflete de forma positiva para que a parte contrária receba o bem da vida pleiteado em tempo, apenas se destaca não ser esta a sua finalidade específica ou primordial.

Ressalta-se ser uma das marcantes distinções entre tal multa e as astreintes o fato de o valor das astreintes ter como destino o patrimônio da parte adversa, enquanto o parágrafo único do art. 14 do CPC deixa bastante claro ser o valor da multa por este prevista encaminhado aos cofres públicos. Tanto que determina, inclusive, a possibilidade de sua cobrança através de execução fiscal.

¹⁴ ASSIS, op cit., p. 20.

¹⁵ Ibidem.

Cabe apontar o limite de vinte por cento do valor da causa para a multa do referido parágrafo único. Esse limite não se encontra previsto para a multa que, no presente estudo, tem-se denominado de *astreinte*.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, ainda, apontam a distinção relativa à natureza da decisão que comina *astreinte* daquela que aplica a multa do parágrafo único. Esses estudiosos afirmam: “Por fim, tem-se que a decisão que comina a multa do art. 461, CPC, tem natureza jurisdicional, enquanto que a que comina a multa do art. 14, p. ún, tem natureza administrativa”¹⁶.

Por outro lado, tem-se a *astreinte* como forma de repelir o *contempt* civil, pois, como se afirmou em capítulo anterior, a multa por descumprimento de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa certa tem o escopo primeiro de fazer valer para a parte a decisão a seu favor proferida pelo tribunal.

Logo, independente do posicionamento que se tome em relação ao tema em estudo, não se pode negar a importância da imposição da multa dentro da noção de autoridade das decisões judiciais, pois, insiste-se, por mais frágil que seja, tal multa apresenta-se, em certos casos, como o único meio de garantir a efetividade e, até mesmo, a autoridade da decisão jurisdicional.

4.3 A MULTA DO CONTEMPT E A IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA

Aponta-se, inclusive, que diferentemente do que ocorre com a discussão envolvendo a questão eleita como tema do presente estudo, a questão envolvendo o destino da multa do parágrafo único do art. 14 do CPC, apresenta maior concordância entre seus estudiosos.

Isso porque já se ressaltou a profunda ligação dessa multa com o *contempt of court*, a ponto de alguns doutrinadores de renome denominá-la de multa do *contempt of court*¹⁷. Nesse ponto, então, parece, como vem entendendo a doutrina, o resguardo da autoridade da jurisdição vencer, numa ponderação de interesses, o ideal de proteção àquele amparado pela razão no mérito. Desse modo, no que diz respeito a esta multa do *contempt*, até por seu caráter administrativo ressaltado por Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira¹⁸, parece tranquilo o entendimento pela prevalência de

¹⁶ BRAGA, op. cit., p. 356.

¹⁷ AMARAL, op. cit., p. 61.

¹⁸ BRAGA, *Ibidem*.

sua aplicação ao contemnor, sujeito que desobedece ou embaraça cumprimento de medida judicial, mesmo no caso da improcedência final da demanda em face deste.

Ainda merece atenção, o fato de a multa do parágrafo único do art. 14, conforme se apontou anteriormente, ser tão claramente distinta da multa do art. 461 e art. 461-A que se admite tranqüilamente a cumulação dessas multas. Nesse sentido, posicionam-se Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁹.

Logo, é possível diante de um descumprimento de decisão judicial que imponha *astreintes*, aplicar ainda a multa do *contempt*, dentro do previsto pelo parágrafo único do art. 14.

Assim, surge, de logo, a indagação se não seria um excesso a cumulação de multas sobre um sujeito vencedor da lide.

Ironicamente, tal cumulação poderia inclusive levar o vencedor da demanda a ter seu patrimônio diminuído após se chegar a um termo o processo que, nesse raciocínio, venceu apenas em teoria.

5 POSIÇÃO DA DOUTRINA E RESSALVA DO IMPOSSÍVEL

A questão levantada no presente estudo não se encontra pacificada na doutrina, existindo tanto autores defendendo, em caso de improcedência da demanda, a permanência das *astreintes*, como autores, no mesmo caso, defendendo a supressão da multa.

Dentre os estudiosos brasileiros que tratam diretamente do tema, constatou-se o fato de apenas uma minoria defender a permanência da multa no caso da improcedência da demanda.

Sempre citado como o defensor dessa tese, Joaquim Felipe Spadoni entende haver relação extremamente forte entre a autoridade da decisão judicial e as *astreintes*, opinando, portanto, que a exigibilidade da multa pecuniária não recebe nenhuma influência da relação jurídica de direito material²⁰.

Spadoni deixa bem claro seu entendimento ao afirmar o seguinte:

A constatação de que o réu não possuía qualquer obrigação perante o autor é irrelevante para a exigibilidade da

19 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves comentários à segunda fase da reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 83.

20 SPADONI, op. cit., p. 182.

multa pecuniária, justamente porque esta não leva em consideração eventual violação de direito material, mas de uma obrigação processual, de todo independente daquela²¹.

No mesmo sentido, o professor Sérgio Cruz Arenhart que, também, observa a relação entre autoridade e *astreintes*, como se pode vê de sua afirmação:

Quanto ao escopo da multa, já se disse reiteradamente, presta-se ela a proteger a autoridade da função jurisdicional. Seu objetivo não é proteger diretamente o interesse do autor, senão dar efetividade à decisão do Estado, concretizando o *imperium* de que é dotada.²²

Arenhart fundamenta sua conclusão da seguinte apontando que: “autorizar a parte a descumprir a ordem judicial quando ela vislumbre a possibilidade de sagrar-se vencedora ao final é, ao que parece, retornar à discussão sobre a possibilidade ou não de decisões injustas”²³.

Nesse sentido, Livia Cipriano pontua: “no entanto, não nos parece que descumprir uma ordem judicial seja insignificante. Esta, uma vez publicada, enquanto vigente, ainda que venha a ser modificada posteriormente, deve ser cumprida”²⁴.

Em oposição a tal pensamento, a Ministra Eliana Calmon afirma: “no meu entender, se após a cognição plena e exauriente o juiz conclui não ter o autor razão, ou ter sido o processo inútil, porque defeituoso ou carente, naturalmente não pode prevalecer a eficácia da tutela antecipatória”²⁵.

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça, portanto, entende que a eficácia da tutela não deve prevalecer se há julgamento contrário àquele provisório, o mesmo se aplicando em relação as sentenças sujeitas ao duplo grau de jurisdição²⁶.

Para a citada Ministra, cabe a aplicação analógica da Súmula 405 do STF, observe-se:

²¹ SPADONI, op. cit., p. 184.

²² ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

²³ *Ibidem*, p. 372-373.

²⁴ DAL PIAZ, Livia Cipriano. Os Limites da atuação do juiz na aplicação das *astreintes*. **Revista Jurídica**, v.53, São Paulo, Orgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária, p. 76, 2005.

²⁵ CALMON, Eliana. **Tutelas de urgência**. Juris síntese IOB: Legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. Porto Alegre: Síntese, set. out. 2004. p. 8.

²⁶ *Ibidem*, p. 9.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em relação ao mandado de segurança, fez editar a súmula 405; parece-me perfeitamente aplicável à espécie, ao enunciar: “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”²⁷.

Juristas como Paula Sarno, Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira, acompanham, fundados não necessariamente nas mesmas razões, essa posição da Ministra Eliana Calmon, que parece ser a majoritária na doutrina. Atente-se para a lição da obra conjunta desses juristas:

Efetivamente, somente quando o beneficiário da multa se tornar, ao fim do processo, o vencedor da demanda é que fará jus à cobrança do montante. Assim o é porque a multa é apenas um meio, um instrumento que serve para garantir à parte a tutela antecipada do seu provável direito; dessa forma, se ao cabo do processo se observa que esse direito não é digno de tutela (proteção) jurisdicional, não faz sentido que o jurisdicionado, que não é merecedor da proteção jurisdicional (fim), seja beneficiado com o valor da multa (meio)²⁸.

Luiz Guilherme Marinoni também se encontra entre os defensores da supressão da multa no caso de improcedência da demanda, entendendo que somente o beneficiário vencedor terá direito a embolsá-la²⁹. Em obra distinta, Marinoni acrescenta:

Se nosso sistema confere ao autor o produto da multa, é completamente irracional admitir-se que o autor possa ser beneficiado quando a própria jurisdição chega à conclusão de que ele não possui o direito que afirmou estar presente ao executado (provisoriamente) a sentença ou a tutela antecipatória³⁰.

É pertinente, então, a análise da posição de Guilherme Rizzo Amaral, autor de livro tratando apenas sobre as *astreintes*, que também

27 Ibidem, p. 8-9.

28 BRAGA, op. cit., p. 360.

29 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 110.

30 Ibid, p. 181-182.

se filia à corrente majoritária, fazendo, inclusive uma crítica ao entendimento de Joaquim Felipe Spadoni, atente-se:

Parece-nos equivocada a opinião de Joaquim Felipe Spadoni, citada linhas atrás, no sentido de que a multa estaria desvinculada da obrigação material imposta, configurando uma resposta à violação de uma obrigação processual (ordem judicial). Parece que o autor faz aqui uma confusão entre as *astreintes* e a multa por *contempt of court*, que, como já se viu acima, são coisas diferentes³¹.

Ainda cabe ressaltar a opinião de Eduardo Talamini, para quem a tutela da autoridade judicial não pode ser exercida contra o ordenamento jurídico, pois esse ordenamento é a fonte do poder estatal; assim, quando a parte autora não tenha razão, a tutela da autoridade jurisdicional acaba por operar no vácuo, não mais merecendo ser protegida autonomamente.³²

5.1 IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DA PRESTAÇÃO

Deve-se ter em mente que certos casos merecem um enfoque especial, por se tratarem de situações excepcionais. Tem-se, assim, que dar atenção redobrada aos casos de impossibilidade material do provimento determinado pelo magistrado.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho esclarecem a noção de impossibilidade, afirmando que: “A prestação é considerada fisicamente impossível quando é irrealizável, segundo as leis da natureza.”³³

Caso se determine aplicação de astreinte para forçar um cumprimento de prestação impossível, não há, em princípio, como se exigir da parte tal multa. Isto porque, mesmo que se defenda a manutenção da multa por descumprimento da obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, não há como sustentar a permanência da multa se o que foi determinado pelo magistrado foge da realidade.

A *astreinte*, como se disse, tem o objetivo de pressionar a parte a cumprir determinada prestação, mas se a prestação já se mostra fora da esfera de possibilidade da parte, não há razão para pressioná-la ou para ameaçá-la.

³¹ AMARAL, op. cit., p. 68.

³² TALAMINI, op. cit., 255.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – Obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 36.

Essa é uma noção bastante tradicional no Direito, sendo notório o clássico brocardo romano *Ad impossibilia nemo tenetur*, significando que ninguém é obrigado a fazer o impossível.

Deve-se apontar, ainda, observando novamente o texto do §6º do art. 461, do CPC, que qualquer valor a título de multa por descumprimento de obrigação de realizar o impossível é excessivo, por ser descabida a própria multa, devendo, pois, ser revisto o seu valor para igualá-lo a zero.

Em última análise, vê-se que, mesmo que o demandante vença no mérito, se a prestação imposta através de astreinte for de logo impossível, não deve subsistir tal multa, sob pena de enriquecimento ilícito da parte beneficiada.

6 JUSTIÇA E AUTORIDADE DA DECISÃO JURISDICIONAL

Diante das considerações feitas, pode-se perceber que a questão ora problematizada põe, em lados opostos, princípios basilares do direito.

Em primeiro plano, tem-se o princípio da justiça, objetivo, ao menos retórico, de todo ordenamento jurídico, representado, no caso em tela, pelo fato de se ter como vencedor da lide aquele que demonstrar ter sua pretensão amparada pelo direito posto.

Em oposição, tem-se a necessidade de preservação da decisão jurisdicional ligada fundamentalmente ao princípio da segurança jurídica. Isso porque, não há segurança, não há estabilidade, nem previsibilidade sem que haja autoridade por parte do poder encarregado de decidir os conflitos.

A reflexão, nesse ponto, relaciona-se ao que se deve privilegiar em cada caso, a necessidade de dar o exemplo de rigor ao observar o descumprimento de uma ordem judicial, ou a tentativa de encontrar a proporcionalidade, a justiça do caso concreto.

Tem-se a consciência, todavia, que uma conclusão diante de tal análise será muito mais ideológica do que propriamente jurídica.

Dessa forma, o que parece ser mais adequado, num estudo como o presente, é tentar encontrar a solução que mais se harmoniza ao ordenamento jurídico nacional.

Por isso, buscou-se, até o presente momento, uma reflexão quanto à questão à luz do direito posto brasileiro, questionando-

se, aos poucos, a coerência e a razoabilidade de cada item estudado com o tema central.

6.1 POSICIONAMENTO PESSOAL FACE ÀS CONSIDERAÇÕES APRESENTADAS

Logo após toda a análise desenvolvida, pode-se afirmar que, ao menos aparentemente, o ordenamento jurídico brasileiro, com relação as *astreintes*, não buscou, exatamente, garantir a autoridade das decisões judiciais, mas, de forma primordial, pressionar determinada parte ao cumprimento de prestação que o Magistrado, mesmo em cognição sumária, entendesse devida.

Por outro lado, através da multa do parágrafo único do art.14 do CPC, o ordenamento realmente parece ter privilegiado a preservação da autoridade jurisdicional. Por isso, como já se apontou, a denominação de multa do *contempt* para a multa prevista nesse dispositivo.

Assim, parece ter o CPC proposto um sistema no qual o *contempt of court* não fica impune, mas possui uma sanção limitada por percentual do valor da causa e direcionada ao Estado, e, ao mesmo tempo, não se desconsidera a razão da parte no mérito. Isso porque o sistema adotado parece tender para que as *astreintes* não sirvam primordialmente como punição, não devendo subsistir caso a parte demandada demonstre ter razão e seja vencedora na causa.

Desse modo, apesar de se reconhecer a função das *astreintes* em mitigar ou evitar o *contempt of court*, especialmente o *contempt civil*, é inegável que, em princípio, o ordenamento jurídico brasileiro não privilegiou a natureza punitiva para esta multa, ou até mesmo a natureza educativa, diferentemente do que parece ter previsto para a chamada multa do *contempt*. Nesse sentido, afirma Marinoni:

A multa não tem o objetivo de penalizar o réu que não cumpre a ordem; o seu escopo é o de garantir a efetividade das ordens do juiz. A imposição da multa para o cumprimento da ordem é suficiente para realizar este escopo, pois a coerção está na ameaça do pagamento e não na cobrança do valor da multa. Ora, se a coerção está na ameaça, e ninguém pode se dizer não ameaçado por uma multa imposta na tutela antecipatória ou na sentença de procedência – ao menos quando o entendimento do tribunal não é radicalmente oposto ao do juiz de

primeiro grau –, não há por que se penalizar o réu que, descumprindo a ordem, resulta vitorioso no processo³⁴.

7 CONCLUSÃO

Fica a impressão de que o ordenamento jurídico brasileiro enfrenta a questão de forma bastante cautelosa, pois, como se afirmou, procura punir, dentro de limites previamente impostos, o *contempt of court*, através da multa do Parágrafo Único do art. 14 do CPC, reservando para essa multa um papel específico de evitar ato atentatório à jurisdição. Por outro lado, oferece as astreintes como um verdadeiro mecanismo de pressão, uma forma de fazer com que determinada parte encaminhe-se ao cumprimento da prestação da forma mais célere possível.

Logo, cada multa parece ter sua função específica, de forma que nem a justiça do caso concreto seja ameaçada pela prevalência de *astreintes* que não possuem qualquer limite pré-determinado de valor, nem seja afastada uma forma de punição ao que atua contrariamente à própria autoridade da decisão judicial, o que, como já se apontou, ocorre pela aplicação da multa do *contempt*.

Assim, considerando a prevalência da natureza instrumental das *astreintes* sobre seu caráter punitivo, tomou-se o posicionamento apontado no final da análise.

Todavia, a questão, como se falou, não está fechada, parecendo ser a maior conquista da análise realizada não o posicionamento pessoal, mas o fato de se ter agrupado os pontos em torno dos quais gravita a discussão, de modo a ser um trabalho que, mesmo tomando uma posição final, informa os interessados pelo tema, para que estes sigam pelo caminho que entenderem mais razoável.

8 REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil Brasileiro - Multa do artigo 461 do CPC e outras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ARENHART, Sergio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio Janeiro, 2006.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 110.

- _____. O Contempt Of Court no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, 111: 18-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set. 2003.
- _____. Manual da execução. 6. ed. São Paulo: RT, 2005.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **As reformas do Código Processo Civil**. Condições de uma avaliação subjetiva, In: temas de Direito Processual. Saraiva, 1997.
- BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Podivm, 2007.
- CALMON, Eliana. Tutelas de urgência. **Juris síntese IOB**: Legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. Porto Alegre: Síntese, setembro/outubro de 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CUNHA, Leonardo Jose Carneiro da. Algumas questões sobre as *astreintes* (multa cominatória). **Revista Dialética de Direito Processual**. 15: 95-104. São Paulo: Dialética, jun. 2004.
- DAL PIAZ, Livia Cipriano. Os limites da atuação do juiz na aplicação das astreintes. **Revista Jurídica**, 328: 63-82, São Paulo, Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária, 2005, v. 53.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1998.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: RT, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.
- _____. **Tutela específica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- _____. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 1998.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. v. 3. São Paulo: Atlas, 2005.
- SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: RT, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: RT, 2001.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; Wambier, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à segunda fase da reforma do CPC**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MEDIDAS PROVISÓRIAS

*Matheus Rocha Avelar,
Procurador Federal e professor
de Direito Constitucional.*

SÚMARIO: 1 Introdução; 2 Divisão dos Poderes; 3 Histórico; 4 Conceito e características; 5 Requisitos; 6 Apreciação pelo Congresso Nacional; 7 Efeitos; 8 A EC 32/2001; 9 Reedição; 10 Medidas Provisórias em matéria tributária; 11 Conclusão; 12 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de uma análise – primária e despreziosa – do instituto Medida Provisória. Percebe-se claramente a insegurança jurídica que acompanha o sem-número de normas desse tipo nos últimos anos. As Medidas Provisórias – principalmente aquelas referentes à tributos ou aplicação de verbas públicas – são editadas (e eram inúmeras vezes reeditadas) ao talante do chefe do Poder Executivo Federal sob o tão prostrado e não menos falível argumento de que são em grande parte necessárias à manutenção da estabilidade monetária adquirida desde a implantação do Real, que, diga-se de passagem, surgiu também na roupagem de uma Medida Provisória (posteriormente convolada na Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994).

Muitas delas fazem tábula rasa das garantias individuais e dos princípios fundamentais que – a duras penas para o povo brasileiro – erigiram-se para o nível constitucional. Muitas vezes as Medidas Provisórias surgem com o fito de acomodar relações jurídicas que, nem por suposição, beiram a relevância ou reclamam urgência. Situações tais, não há como negar, levam o selo da imoralidade.

Por outro lado, é inegável a morosidade do parlamento no desempenho de sua função primordial, a de legislar. Há muito as Comissões Parlamentares de Inquérito têm não só tirado o sono de congressistas como também minguado ainda mais o tempo que antes se lhes servia para debate e aprovação de leis. Preocupados com questiúnculas eleitoreiras, os parlamentares permitem que projetos de lei da mais alta importância escarnejem ante sua indiferença para com tudo o mais que não o voto do desprezado eleitor.

No entanto, a disposição de um instituto que permita o Executivo “legislar” em situações excepcionais é necessária e, por isso, esteve prevista em algumas Constituições brasileiras e também nas de outros países democráticos.

Antigamente (1937) surgiu sob a denominação de “decreto-lei”; hoje, sob o rótulo de “Medida Provisória”, cada qual com matizes próprios.

Ambos os institutos, se usados com moderação e nas exatas cercanias traçadas pela Lei Maior, não só possibilitam a melhor governabilidade do país como realçam o caráter relativo da

tripartição das funções do Estado sem, contudo, desdenhar da tão melindrada - e por isso frágil - democracia. Aliás, muito pelo contrário, só a obsequiando.

Entretanto, se empregados sem desvelo e proficiência, sem escrúpulo ou cautela, arruinam ainda mais o princípio democrático, vetor da sociedade contemporânea e supremo ideal de convivência entre os homens. Transformam o seu executor em déspota e solapam a esperança do povo, que é o verdadeiro titular do Poder. Desacreditam as instituições jurídicas mais elementares e, com efeito, sufocam o primado da segurança das relações sociais.

2 DIVISÃO DOS PODERES

Sabe-se que o Poder constituinte é a manifestação da vontade soberana de um povo socialmente organizado em determinado território. O Poder é uno e indivisível. Nada obstante, reza o artigo 2º da atual Carta Constitucional serem independentes e harmônicos os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dando uma falsa idéia da existência de vários poderes, sendo que na verdade o que há no plural são órgãos encarregados de diversas funções.

Essa desconcentração das atividades estatais para vários órgãos é a imposição do Estado de Direito. Em sentido contrário, pois, o acúmulo dessas funções num órgão apenas representaria o absolutismo do poder estatal.

Por conseguinte, estabeleceu o constituinte a independência entre os órgãos (art. 2º). Ensina Michel Temer que essa independência é revelada “pela circunstância de cada Poder haurir suas competências no Texto Constitucional. Nenhuma norma infraconstitucional pode subtrair competências que foram entregues pelo constituinte”¹.

Catalogada entre os Princípios Fundamentais, é tão importante a independência daqueles “Poderes” (leia-se funções) que o constituinte a alçou à condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III), significando isso dizer que a tripartição das funções estatais não é passível de modificação por obra do poder constituinte derivado reformador nem muito menos do legislador comum.

A regra estatuída na Carta Magna, portanto, é a da indelegabilidade das funções, a não ser naquelas hipóteses taxativamente esculpidas na própria Constituição. Mais uma vez esclarece a pena de Michel Temer:

¹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 115.

Embora a atividade dos três poderes se inter-relacione, dado que o desempenho de um se relaciona com o de outro, a regra constitucional é a da indelegabilidade de atribuições.[...] A independência supre separação, sendo ilógico supor que, separadas as funções e entregues a órgãos distintos por uma vontade soberana (Assembléia Constituinte) e, portanto, acima da vontade dos órgãos criados, possam eles, a seu critério, delegar atribuições, uns para os outros².

Importa ainda dizer que não há hierarquia entre os poderes. O que existe apenas é uma divisão de atribuições. Não pode o Legislativo, através de lei, alterar a competência dos outros poderes constitucionalmente prevista, de modo a atribuir ao Judiciário o que a Constituição determinou que ficasse a cargo do Executivo. E nem poderia ser diferente como ensina Montesquieu, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que:

não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele estiver confundido com o poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, nobres ou povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as questões dos particulares³.

O sistema de separação das funções do Estado, preconizado por Aristóteles e vulgarmente entendido como “separação dos poderes”, consiste em confiar a cada órgão estatal uma tarefa diferente. Esses órgãos – Legislativo, Executivo e Judiciário – funcionam em regime de freios e contrapesos (*checks and balances*), o que faz com que não haja uma exclusividade de funções a serem desempenhadas por cada um deles, por isso classificadas em funções típicas e atípicas (Montesquieu). Há sim, em cada “poder”, uma preponderância dessas funções básicas, que são três: a lei, a sentença e o ato administrativo. Ao Legislativo cabe precipuamente a produção de normas gerais e abstratas; ao Executivo incumbe a execução

² TEMER, op. cit., p. 117.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 30.

daquelas normas, e administração da coisa pública; e ao Judiciário impõe-se a solução definitiva das controvérsias ocorridas no seio social.

Essa divisão de funções, entretanto, não é tão rígida quanto parece. Situações há em que o Legislativo *julgará* o Presidente da República pela prática de crime de responsabilidade (CF/88, art. 52, I); ou o Judiciário *administará* no sentido de dar posse a seus membros; ou ainda o Executivo legislará, como ocorre com a edição de Medidas Provisórias (art. 62).

A segmentação, embora seja estanque, não estabelece exclusividade de funções a cada um daqueles órgãos, mas apenas uma prevalência. Tal distribuição não é absolutamente hirta, já que aqueles órgãos (ou “poderes”), embora independentes, são também harmônicos. Tanto assim é que Darcy Azambuja adverte: “Montesquieu, se bem que demonstrando a necessidade da separação dos poderes, julgava também necessário que eles fossem harmônicos; que se limitassem reciprocamente, mas não fossem absolutamente separados e não se paralisassem uns aos outros”⁴.

A rápida inserção acima se fez necessária justamente porque a Medida Provisória configura uma espécie de exceção à regra de que compete ao Legislativo a edição de normas jurídicas genéricas e abstratas.

3 HISTÓRICO

A Medida Provisória foi inspirada na Constituição Italiana de 1948 a qual, em seu artigo 77, prevê que:

Quando, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, Medida Provisória com força de lei, deve, no mesmo dia, apresentá-la para conversão às Câmaras que, mesmo dissolvidas, são expressamente convocadas e se reúnem dentro de cinco dias.

Recebe, na Itália, também os nomes de *decreti-legge* ou *provvedimenti provvisori*. Entende Norberto Bobbio,

I decreti-legge devono essere adottati, come si è già detto, in casi straordinari di necessità e di urgenza. Il Governo, nel disporli, assume la responsabilità suo

⁴ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Globo, 1990. p. 179.

operato, e deve comunque presentarli il giorno stesso per la conversione in legge alle Camere, che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sim dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro 60 giorni dalla loro pubblicazione: le Camere possono tuttavia reglare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.⁵

No Brasil, o que levou o constituinte de 1988 a abraçar o instituto da Medida Provisória foi não só o desmedido uso do decreto-lei, que transformara o Executivo em Poder autoritário, como a perspectiva de adoção do sistema parlamentarista de governo.

Nesse sistema, por ser o Executivo dependente do Legislativo, não haveria risco do instrumento fomentar o autoritarismo, pois, se uma Medida Provisória não passasse pelo crivo do parlamento, poderia, por isso, dar ensejo à queda imediata do gabinete.

Como o povo, convocado em plebiscito, optou pela manutenção do sistema presidencialista de governo, a Medida Provisória se manteve no Texto Constitucional com contornos semelhantes ao do antigo decreto-lei, só que com um espectro abrangencial ainda superior, haja vista a falta – na dicção original do Texto Constitucional – de uma bainha material explícita.

4 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O conceito deduzido pela maioria dos autores praticamente repete as palavras da Constituição Federal de 1988 (art. 62) e pode ser assim enfeixado: Medida Provisória é o ato normativo, com força de lei, editado pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência, submetido de imediato ao Congresso Nacional, e cuja eficácia se extingue, desde a edição, se não for convertida em lei no prazo de sessenta dias a partir de sua publicação.

O novel instituto tem como apanágio a discricionariedade do Presidente da República, que, achando oportuno e conveniente, edita a Medida Provisória em face de circunstâncias relevantes e urgentes, que não seriam satisfeitas com os demais instrumentos jurídicos existentes no ordenamento vigente.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Introduzione alla costituzione*. Roma: Editori Laterza, 1980, p. 115.

A caracterização da Medida Provisória quanto ao órgão de que se origina é clara. Tem como editor o chefe do Poder Executivo. Sua força vinculante é a mesma da lei. Mas é precária, no sentido de que pode haver ou não sua conversão para se tornar lei.

É um mecanismo que se destina a agilizar o processo de produção normativa em face de uma situação fática que não pode suportar a demora de uma providência legislativa de caráter ordinário. Constitui, como se disse, um instituto excepcional, uma vez que denota, inquestionavelmente, uma certa derrogação do princípio constitucional de separação das funções estatais.

No Brasil, desde muito se conhecem institutos semelhantes à Medida Provisória. Durante muito tempo existiu em diversas Cartas, como se disse, o Decreto-lei, que também consistia em ato normativo, com força de lei, editado pelo Presidente da República em situações de relevância ou urgência e que vigorava até que fosse expressamente rejeitado pelo Congresso Nacional.

Tal característica – a do Decreto-lei persistir como norma jurídica até sua expressa repulsa pelo Parlamento – dava ao instituto uma roupagem ditatorial e talvez tenha sido esse o motivo que levou o constituinte de 1988 a aboli-lo e colocar em seu lugar a Medida Provisória, que, como será visto, perde sua eficácia se não for convertida em lei pelo Congresso Nacional.

Ademais disso, o decreto-lei, ao ser submetido ao crivo do Congresso Nacional, não poderia por este sofrer qualquer emenda. O parlamento deveria aprová-lo ou rejeitá-lo em sua inteireza (CF/67, art. 55, § 1º). A Medida Provisória, ao contrário, pode sofrer alterações quando de sua apreciação pelo Congresso Nacional, situação que a transforma em projeto de lei de conversão, conforme será visto adiante.

Outro ponto dessemelhante que merece comentário é o relativo aos efeitos da Medida Provisória ou do decreto-lei rejeitados pelo Congresso. A rejeição pelo Legislativo do decreto-lei não tinha o condão de tornar nulos os atos praticados durante sua vigência (CF/67, art. 55, § 2º). Nesse caso, a rejeição produzia efeitos *ex nunc*, ou seja, reconhecia-se a validade da norma desde o seu nascimento e até sua retirada do ordenamento jurídico. Com a Medida Provisória ocorre o

contrário. Se não for ela convertida em lei, perderá retroativamente seus efeitos. As relações jurídicas, ocorrentes no período em que vigeu a Medida Provisória rejeitada serão objeto de disciplina pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo. Somente na falta desse decreto legislativo regulador é que as relações jurídicas surgidas no passageiro viger da MP continuarão válidas.

5 REQUISITOS

São requisitos gerais e inarredáveis para a edição de Medida Provisória a ocorrência simultânea de relevância e urgência da situação que terá o disciplinamento normativo provisional.

Havendo circunstâncias excepcionais de urgência e relevância, e não existindo no ordenamento jurídico instrumentos legais capazes de solucionar e remediar os efeitos dos acontecimentos excepcionais, devendo o Estado atuar prontamente, cabe ao Chefe do Poder Executivo editar Medida Provisória com esse desiderato.

Para tanto, como garantia da legitimidade constitucional, deve fundamentá-la, demonstrando a relevância e urgência. Não basta dizer que o Presidente considera relevante e urgente, mas dizer o porquê de sê-lo. Precisa expor a relação de causalidade entre o ato expedido e a finalidade perquirida.

Com a fundamentação torna-se mais tranqüilo o exame dos pressupostos constitucionais. Não obstante a fluidez dos conceitos de relevância e urgência, deixa-se ao executor da medida a liberdade de escolher o momento conveniente e oportuno para a sua edição. Mas essa discricionariedade é limitada, justamente pelos pressupostos constitucionais que devem ser examinados pelo Congresso Nacional ou, se houver lesão ou ameaça aos direitos, também pelo Judiciário.

Relevante é aquilo que tem fundamento, é legítimo, é razoável em virtude do que se mostra admissível, evidente e insuperável. Relevante é o que se sobrepõe, se sobreleva. A relevância deve ser de tal ordem que sua não realização possa afetar a ordem pública.

Por urgência, entende-se a qualidade do que é premente, imperioso, de necessidade imediata, que não deve ser protelado sob pena de provocar dano. Urgente é o que deve ser realizado com extrema rapidez, sob risco de não surtir o efeito desejado, iminente ou impendente. Para Carmem Lúcia Antunes Rocha:

Urgência jurídica é, pois, a situação que ultrapassa a definição normativa regular de desempenho ordinário das funções do Poder Público pela premência de que se reveste e pela imperiosidade de atendimento da hipótese abordada, a demandar, assim, uma conduta especial em relação àquela que se nutre da normalidade aprazada institucionalmente.⁶

Por serem as Medidas Provisórias, como se disse, exceção ao procedimento normal de elaboração legislativa, deve seu cabimento ser interpretado em sentido estrito, submetendo seus pressupostos a uma rigorosa análise, sob pena de se afrontar os postulados do Estado Democrático de Direito.

A dicção do Texto Constitucional não permite interpretação diferenciada: a circunstância deve ser relevante e urgente, ambas devem ocorrer juntamente. O termo “e” é copulativo. Portanto, só é inicialmente válido o ato se atendidos tais pressupostos constitucionais.

A relevância e a urgência podem e devem ser, repita-se, objeto de análise pelo Congresso Nacional, quando da conversão da Medida Provisória. Vale ressaltar, nesse diapasão, o comentário de Oscar Dias Corrêa, *litteris*:

É óbvio que, antes de mais nada, cabe examinar se é caso de relevância e urgência, pressuposto do cabimento da medida. Da mesma maneira que o Presidente da República pode considerá-la necessária e urgente, discute se se pode o Congresso recusá-la, ou se essa decisão se inclui na discricionariedade do Executivo. A nós parece que o conceito de relevância é mais difícil de aferir e ficará certa margem de discricção ao Executivo para avaliá-la, devendo o Congresso agir, na hipótese, com largueza de vistas. É que a avaliação do Executivo nem sempre pode ser aferida pelos outros poderes. Quanto à urgência, porém, em alguns casos, pelo menos, é perfeitamente avaliável: como se o Executivo enviasse Medida Provisória sobre a matéria que deve ser regulada muito tempo depois, evidenciando a inexistência da urgência.

⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Conceito de Urgência no Direito Público Brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 01, Malheiros, 1993, p. 234.

De qualquer modo, como tem o Congresso o poder de analisar a medida no mérito, se este se apresenta conveniente e próprio, não haverá por recusar-lhe preliminarmente o exame. Tanto mais quanto na lei de conversão, a ação do Congresso não sofre nenhum obstáculo ou limite.⁷

Não se discute sobre a possibilidade de a Medida Provisória ser objeto de controle de constitucionalidade. Tal como as leis, a MP cria direitos e obrigações, altera a ordem jurídica e, assim, deve necessariamente submeter-se ao regramento maior esculpido na Constituição. Contudo, questiona-se se o Judiciário, ao aferir a constitucionalidade de uma Medida Provisória, pode ou não cotejar a presença dos requisitos de relevância e urgência que lhe deram ensejo.

A dissensão, às vezes, ocorre num mesmo tribunal. Vejam-se, por exemplo, as seguintes decisões judiciais:

A função dos tribunais judiciários é assegurar a aplicação da lei. Não lhes compete examinar, sob aspecto intrínseco, os atos legislativos ou administrativos, para decretá-los oportunos ou inoportunos, inconvenientes ou convenientes, justos ou injustos, conforme a princípios científicos ou deles divorciados [...] (STF, Ap. 6.845)⁸.

PIS. *Cofins*. Base de cálculo. Exclusões. Lei 9.718/98. Medida provisória 1.991-18/00. Impostos indiretos. A omissão do Poder Executivo em regulamentar o inc. III do § 2º do art. 3º da Lei 9.718/98 não tem o condão de restringir o direito do contribuinte de excluir da base de cálculo das contribuições do PIS e da Cofins valores que, computados como receitas, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica. A possibilidade de ser realizada a exclusão perdurou até ser derogado o inc. III do § 2º do art. 3º da Lei 9.718/98 pelo art. 47, inc. IV, da Medida Provisória 1991-18, de 09.06.2000 (publicada no DOU de 10.06.2000). A avaliação dos requisitos de relevância e urgência inscritos no art. 62 da

⁷ CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988 – contribuição crítica*. São Paulo: Forense Universitária. 1991. p. 131.

⁸ Acórdão citado por FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

Constituição Federal para a edição de medida provisória não incumbe ao Judiciário, uma vez que tal atribuição está inserta na discricionariedade do Poder Executivo. O STF assentou ser a medida provisória instrumento idóneo para a instituição de contribuição social – excetuadas as hipóteses do § 4º do art. 195 da Constituição Federal – porquanto espécie do gênero Lei. *Inocorreu* violação do art. 246 da CF/88 (com a redação da EC 06/95), pois a EC 20/98 não promoveu modificação na disciplina original da *Cofins* e do PIS, cuja fonte de custeio tem previsão desde o advento da CF/88 (195, inc. I), encontrando-se reguladas atualmente por Leis ordinárias, podendo ser alteradas por medida provisória. (TRF 4ª R. – AP-MS 2002.71.04.002190-8 – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Vilson Darós – DOU 14.05.2003, p. 862)

Já uma segunda corrente aceita a análise, pelo Judiciário, daqueles requisitos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória. Constituição Federal (art. 62). Natureza jurídica. Competência normativa do presidente da república. Limitações constitucionais. Reedição de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional. Separação de poderes. Supremacia da ordem constitucional. Necessidade de sua preservação. Medida Provisória 190/90. Dissídios coletivos. Presidente do TST. Possibilidade de suspensão da eficácia de sentenças normativas. Reedição caracterizada de medida provisória rejeitada. Liminar concedida. As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei. Como a função legislativa ordinariamente pertence ao Congresso Nacional, que a exerce por direito próprio, com observância da estrita tipicidade constitucional que define a natureza das atividades estatais, torna-se imperioso assinalar – e advertir – que a utilização da medida provisória, por constituir exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, subordinasse, em seu processo de conversão legislativa, a vontade

soberana do Congresso Nacional. O que justifica a edição das medidas provisórias e a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Executivo a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que certamente decorreria do atraso da concretização da prestação legislativa. A plena submissão das medidas provisórias ao Congresso Nacional constitui exigência que decorre do princípio da separação de poderes. O conteúdo jurídico que elas veiculam somente adquirira estabilidade normativa, a partir do momento em que – observada a disciplina ritual do procedimento de conversão em lei – houver pronunciamento favorável e aquiescente do único órgão constitucionalmente investido do poder ordinário de legislar, que é o Congresso Nacional. Essa manifestação do Poder Legislativo é necessária, é insubstituível e é insuprimível. Por isso mesmo, as medidas provisórias, com a sua publicação no Diário Oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em conseqüência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as instituiu. A edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória – que possui vigência e eficácia imediatas – inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira *provocatio ad agendum*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei. A rejeição parlamentar de medida provisória – ou de seu projeto de conversão –, além de desconstituí-lhe *ex tunc* a eficácia jurídica, opera uma outra relevante conseqüência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase legislativo, de natureza cautelar. Modificações secundárias de texto, que em nada afetam os aspectos essenciais e intrínsecos da medida provisória expressamente repudiada pelo Congresso Nacional, constituem expedientes incapazes de descaracterizar a

identidade temática que existe entre o ato não convertido em lei e a nova medida provisória editada. O poder absoluto exercido pelo estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional. Uma constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se a censura jurídica – dos tribunais, especialmente – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade não seja desfigurada. (STF – ADI 293 (MC) – DF – TP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 16.04.1993)

Na doutrina também há correntes diversas. Para Luiz R. Nuñez Padilla, “o exame judicial deverá ser feito – concreta ou abstratamente – em face dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência”.⁹ Da mesma forma entende Cheryl Berno, que assim se justifica:

Tratando-se de um ato a medida provisória admite o exame de sua validade e a verificação da ocorrência dos pressupostos de sua emanção. Assim, deveria o Presidente da República ao lançar mão deste instrumento excepcional, motivar tal atitude, bem como caberia ao Poder Judiciário o controle de sua constitucionalidade, principalmente quanto a matéria a ser veiculada e a existência dos requisitos de urgência e relevância.¹⁰

Mas segundo Humberto Theodoro Júnior,

⁹ PADILLA, Luiz R. Nuñez. **Controle Jurisdicional do Abuso de Medidas Provisórias**. Informativo Semanal COAD, n. 28/95, p. 305.

¹⁰ BERNO, Cheryl. **Medidas provisórias em matéria tributária**. *Juris Síntese*, nº 22 – mar./abr. 2000.

A medida provisória é substancialmente uma lei, editada pelo chefe do Executivo por atribuição de competência legislativa da Constituição Federal. E, destarte, submete-se ao mesmo exame que a lei formal sofre em face do Judiciário. Se seu enunciado ofende princípio ou norma constitucional ou regula matéria atribuída constitucionalmente à competência exclusiva de outra esfera de poder, será inconstitucional e poderá ser desconsiderada pelo julgador, em razão da hierarquia das leis e da supremacia absoluta da CF. Por isso, não é correto afirmar que a MP está isenta de controle difuso de constitucionalidade. Porém, os critérios constitucionais da atribuição dessa competência legislativa, além daqueles estabelecidos em razão da matéria, parecem trilhar aquelas denominadas zonas cinzentas em que a legalidade tangencia o campo das opções políticas, decorrentes de juízos de conveniência e oportunidade da prática de determinados atos de governo. [...] Ao Judiciário se atribuiu o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo. O reexame que se faz de tais atos, pelo Judiciário, jamais se concebeu amplo e ilimitado. [...] Esses atos (as medidas provisórias), sob o ângulo da conformidade ao ordenamento jurídico, se submetem à apreciação do Judiciário, não, porém, sob o enfoque da sua conveniência e oportunidade, quanto ao momento, à forma, à adequação e, enfim, à oportunidade da atuação estatal. [...] Princípio já sedimentado no ordenamento pátrio é o de que o Judiciário não faz juízos políticos, que se traduz no brocardo: ao Judiciário é vedado o reexame da conveniência e oportunidade dos atos administrativos e legislativos¹¹.

Ora, é o Estado, através do Poder Executivo, quem encarna os interesses públicos. Esse busca alcançar a pretensão do povo através de condutas permitidas ou até determinadas pelo ordenamento jurídico, essencialmente esculpidas na legislação. As ações do Estado tendentes a encetar as ambições sociais são comumente denominadas de “decisões políticas” e diferem das “decisões judiciais” exatamente porque estas, ao

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A cédula de crédito bancário. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 26, nov./dez. 2003, p. 33-34.

invés de estatuírem as ações governamentais suplicadas pela sociedade, apenas determinam a aplicação da vontade popular antevista na lei ou nas decisões políticas. Se houvesse a miscigenação dessas funções, certamente uma delas seria menoscabada. Se o poder que julga fosse o mesmo que executa, a falha ou omissão nessa última atribuição acabaria agasalhada por aquela primeira.

Porém, por mais subjetivo ou abstrato que seja o agir do administrador público, pode o Judiciário apreciar-lhe o enquadramento jurídico num caso concreto e, assim, controlar a discricionariedade administrativa de modo a retirar-lhe toda carga de arbitrariedade, caso exista.

Assim, tem ganhado simpatizantes a teoria segundo a qual o Poder Judiciário pode sim aquilatar a presença dos requisitos de relevância e urgência próprios da Medida Provisória em prestígio aos princípios da inafastabilidade do controle judicial sobre os atos jurídicos, tanto privados quanto públicos, e do ativismo judicial.

6 APRECIÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL

A Medida Provisória, quando de sua apreciação pelo Congresso Nacional, pode sofrer alterações, situação que a transforma em projeto de lei de conversão, como esclarece o insigne Alexandre de Moraes, *verbis*:

A doutrina constitucional, afastando os precedentes iniciais em termos de Medidas Provisórias, fixou orientação no sentido da possibilidade de apresentação de emendas, facultando ao parlamento a ampliação ou restrição de seu conteúdo, sob pena de vincular-se, de forma absoluta, o Poder Legislativo à vontade inicial do Poder Executivo. As emendas, portanto, poderão ser supressivas ou aditivas. Desta forma, existe possibilidade de apresentação de emendas ao texto original da Medida Provisória editada pelo Presidente da República. A Resolução nº 1, de 1989, do Congresso Nacional, alterada parcialmente pela Resolução nº 2, de 1989, que dispõe sobre a apreciação das Medidas Provisórias, regulou esse procedimento, determinando que as emendas deverão ser entregues à secretaria da comissão mista, nos cinco dias que se seguirem a sua publicação no Diário Oficial

da União, proibida, terminantemente, a apresentação de emendas que versarem sobre matéria estranha à deliberada pelo texto da Medida Provisória, visando, pois, impedir o alargamento da utilização deste processo legislativo especial e excepcional. Importante ressaltar que os parlamentares que apresentarem emendas à Medida Provisória, deverão, conjuntamente, apresentar texto regulando as relações jurídicas decorrentes de possível alteração pelo dispositivo emendado. [...] O Congresso Nacional, aprovando a Medida Provisória com alterações, estará transformando-a em projeto de lei de conversão, que será remetido ao Presidente da República, para que o sancione ou vete, no exercício discricionário (conveniência e oportunidade) de suas atribuições constitucionais. Uma vez sancionado o projeto de lei de conversão, o próprio Presidente da República o promulgará e determinará sua publicação.¹²

A aprovação pode ser integral ou parcial com alteração do texto original. Havendo modificação, repita-se mais uma vez, será a Medida Provisória encaminhada ao Presidente da República, como projeto de lei de conversão, para ser sancionado ou vetado.

Sendo ela rejeitada expressamente, caberá ao Congresso Nacional, através de decreto-legislativo, disciplinar as relações ocorridas durante sua vigência. É impossível que ocorra uma reedição de Medida Provisória rejeitada expressamente, pois sobre ela ter-se-á manifestado o Congresso Nacional no sentido de não aceitá-la no ordenamento jurídico.

Durante o período concedido ao Poder Legislativo para apreciar a Medida Provisória, poderá o Presidente da República ab-rogá-la por meio de uma outra. Caberá ao Congresso, nessa hipótese, uma das seguintes atitudes: a) aprovar a segunda Medida Provisória e, com efeito, tornar revogada a primeira; b) rejeitar ambas as Medidas Provisórias e disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes; c) aprovar a primeira Medida Provisória, convertendo-a em lei. Nesse caso, por ser *lei nova*, revogará a segunda Medida Provisória que anteriormente lhe havia suspenso os efeitos.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. revista, ampliada e atualizada com a EC nº 22/99, Atlas. São Paulo, 1999, p. 514

7 EFEITOS

Excêntrica é a consequência da Medida Provisória que seja incompatível com a legislação vigente (elaborada pelo parlamento) quando de sua edição. Segundo Alexandre Barros Castro:

As Medidas Provisórias são antecipação cautelar, de caráter provisório e necessário, de providências legiferantes, possuindo vigência e eficácia imediatas, sem que isso venha a acarretar, no entanto, a revogação dos atos legislativos com ela incompatíveis. Por ter sua eficácia limitada no tempo pelo texto constitucional, a Medida Provisória, enquanto não se transformar em lei, somente paralisará os efeitos das leis a ela anteriores, e que com ela evidentemente venham a conflitar, inibindo-as completamente no que tange à sua eficácia. Não se operando a conversão em lei, os diplomas legais afetados pela edição da medida operacional terão suas eficácias, que se encontravam suspensas, restabelecidas, com efeito *ex tunc*, ou seja, desde a data da edição da Medida Provisória que acabou não sendo convertida em lei¹³.

Não se trata, como se vê, de repristinação de normas, o que contrariaria o § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Em outras palavras, a Medida Provisória – enquanto norma temporária – não revoga lei qualquer, apenas suspende a eficácia das que com ela conflitam. Sendo convertida em lei, aí sim, derroga os comandos normativos que lhe forem hostis, como só acontece com as leis providas do processo legislativo ordinário.

Como dito anteriormente, sendo rejeitada a Medida Provisória ou perdendo ela sua eficácia pelo simples decurso de prazo, as relações jurídicas validamente formadas durante sua efêmera vigência deverão ser reguladas por Decreto Legislativo a ser editado pelo Congresso Nacional. Caso tal decreto não venha à tona, aquelas relações jurídicas continuam válidas e se regerão pelas normas pertinentes como se em vigor ainda estivesse a Medida Provisória.

8 A EC 32/2001

Inicialmente – e de acordo com a redação original da CF/88 – a Medida Provisória era concebida para vigorar por trintas dias, período no

¹³ CASTRO, Alexandre Barros. *Tributos X Medidas Provisórias no Direito Brasileiro*. São Paulo: Carthago & Forte, 1992. p. 30.

qual deveria o Congresso Nacional se reunir e decidir sobre sua aprovação ou rejeição. A Constituição não estabelecia qualquer limitação quanto à edição e reedição da Medida Provisória, como também não limitava a matéria sobre a qual poderia ela medrar. Somente a prática é que assentou – não sem muita polêmica – os contornos do instituto. Dúvidas várias surgiam sempre que uma Medida Provisória era editada ou reeditada. As principais eram atinentes aos temas que eram objeto da norma editada pelo Presidente da República e a possibilidade de sua reedição.

Questionava-se ser possível a instituição ou majoração de tributos por Medida Provisória; se ela poderia tipificar condutas criminais; estabelecer novas regras de Direito Processual; tratar de matéria própria das Leis Complementares; se ao final de seu prazo de vigência poderia novamente vir à tona com o mesmo texto da edição originária ou com texto novo; por quantas vezes poderia ser reeditada etc.

A ausência de uma cercadura emoldurada textualmente na Constituição de 1988 – no texto originário – não permitiria entender que as Medidas Provisórias só encontrassem balizas nos comezinhos requisitos da relevância e urgência ou na vedação expressa do artigo 246 do ADCT “É vedada a adoção de Medida Provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995”. Porém, não seria razoável atribuir à doutrina e aos tribunais o mister de circunscrever a abrangência normativa das Medidas Provisórias.

A fim de pôr termo a essas e outras tantas alterações da doutrina e da jurisprudência, o Constituinte derivado reformador modificou o regime jurídico da Medida Provisória e lhe concedeu uma nova oportunidade de servir à nação tal como supostamente idealizada pelo Constituinte originário.

Hoje, a disciplina do instituto Medida Provisória está completamente alterada e se rege pela Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001. O novo texto assim preconiza:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida Provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da Medida Provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a Medida Provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará

em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de Medida Provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10 É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de Medida Provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11 Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de Medida Provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12 Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da Medida Provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Já o *caput* do dispositivo revela a desnecessidade de se convocar o Congresso Nacional para analisar a Medida Provisória editada. Ela será simplesmente submetida ao Parlamento que a irá apreciar quando do início – ou reinício – de suas atividades.

Sua validade agora é de sessenta dias, prorrogáveis por igual período, o que não se confunde com a reedição da Medida Provisória. O trancamento da pauta a que se refere o § 6º é automático, ou seja, não sendo a Medida Provisória aprovada nos primeiros quarenta e cinco dias a contar de sua publicação nenhuma outra deliberação poderá ocorrer na respectiva casa legislativa em que estiver tramitando.

Caso o Congresso Nacional seja convocado extraordinariamente, as Medidas Provisórias pendentes de votação serão automaticamente incluídas na pauta (art. 57, § 8º).

O § 1º estabelece as limitações materiais a que se sujeitam as Medidas Provisórias. Não consta desse elenco – por desnecessário – as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49), do Senado Federal (art. 52) e da Câmara dos Deputados (art. 51), que, por óbvio, não podem ser veiculadas por Medida Provisória.

9 REEDIÇÃO

A redação do § 10 (é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de Medida Provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo) serviu apenas para fazer cumular mais discussões sobre a possibilidade de reedição das Medidas Provisórias.

Sob a égide do texto original da Constituição vigente muito se discutiu acerca da possibilidade de se reeditar Medida Provisória, até que o Supremo Tribunal Federal colocou uma pá de cal sobre a polêmica (ADIN nº 1250-9/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Diário de Justiça, Seção 1, 6 de setembro de 1995, p. 28.252).

Alguns juristas sustentavam não ser cabível a reedição de Medida Provisória e destacavam que a Constituição não discriminou entre rejeição expressa e rejeição tácita do Congresso Nacional, não cabendo ao intérprete, portanto, fazer tal distinção.

Assim, o Congresso Nacional não poderia, segundo essa corrente, ser chamado a se pronunciar mais de uma vez acerca de uma Medida Provisória por ele rejeitada, ainda que tacitamente. Adepto desse entendimento e, portanto, contrário à reedição de Medida Provisória, o tributarista Paulo de Barros Carvalho assim se posiciona:

O Congresso está investido da permissão bilateral (faculdade) de examinar a Medida Provisória. Poderá empreendê-lo por comissão, vale dizer, legislando no sentido de aprová-la (total ou parcialmente) ou de rejeitá-la; como terá, também a autorização de rejeitá-la, sobre ela não legislando no período de trinta dias, manifestando-se por omissão. Esta última, aliás, é uma das alternativas da previsão constitucional, um legítimo direito de que está investido nosso Parlamento, exercendo as prerrogativas

que o parágrafo único do art. 62 da Constituição lhe confere. Ora, salta aos olhos que o exercício desse direito não pode ser tolhido pelo Presidente da República mediante a reedição da medida. Com providência desse tipo o Chefe do Executivo inibe a explícita permissão constitucional atribuída ao Congresso, que, ao rejeitar por decurso de tempo a medida encaminhada, estaria operando a autorização de não-fazer, não-legislar, conduta omissiva para a qual está habilitado.¹⁴

Argumento também maciço é o de Luciano Amaro:

O que nos parece inaceitável é a prática da reiteração das normas da Medida Provisória não aprovada pelo Congresso Nacional. Com efeito, não apenas a Medida Provisória é norma para assuntos de urgência, como urgente também é a necessidade de o Congresso sobre ela manifestar-se com a maior brevidade. Tanto assim é que, estando o Parlamento em recesso, a edição de Medida Provisória obriga à sua convocação extraordinária para que se reúna no prazo de cinco dias (CF, art. 62). Isso significa que a Constituição não tolera delongas na apreciação da medida; não fora assim, teria admitido a vigência da medida até o reinício dos trabalhos legislativos. Ademais, o prazo-limite de vigência das disposições provisórias é de trinta dias (art. 62, parágrafo único) e não de múltiplos de trinta. Caso a Constituição admitisse a vigência provisória da medida por três, quatro, seis meses, um ano, ela teria dito que a medida vigoraria até que o Congresso a apreciasse.¹⁵

Outro seguimento – também daquela época (antes da promulgação da EC 32) – entendia ser cabível a reedição de Medida Provisória, pois a rejeição parlamentar tácita não descaracterizava o estado de urgência perdurante, nem fazia extinguir as razões de necessidade e relevância que justificaram a edição da medida.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 12. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 64.

¹⁵ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 168.

Em 22 de junho de 1989, o então Presidente da República aprovou o Parecer nº SR-92, de 21 de junho de 1989, publicado no Diário Oficial da União de 23 de junho de 1989, da lavra do Consultor-Geral da República Saulo Ramos, para quem:

A rejeição da proposição que objetiva a conversão, do ato cautelar, em lei, não inibe o Presidente da República – único órgão constitucionalmente legitimado a agir – de editar sobre o mesmo tema nova Medida Provisória, desde que presentes os pressupostos constitucionais de emanção dessa espécie normativa. [...] A ‘*inertia deliberandi*’, por envolver uma concreta ausência de decisão, não pode configurar situação análoga à da rejeição do projeto de conversão em lei de Medida Provisória. [...] Essa circunstância, destarte, não legitima qualquer objeção, em tese, que pudesse manifestar-se, até validamente, com fundamento num ato de explícita rejeição do projeto de conversão. Somente a rejeição expressa do Congresso Nacional impediria a reedição da Medida Provisória, eis que, neste caso, o parlamento haveria estudado os pressupostos de relevância e urgência e sobre eles opinado pelo descabimento. Neste sentido vale transcrever parte do voto do Eminentíssimo Ministro Carlos Veloso, do STF, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 295, em 22 de junho de 1990: [...] Sr. Presidente, estas cogitações levam-me, por enquanto, ainda meditando sobre a questão, a entender que a Medida Provisória não rejeitada expressa e formalmente pelo Parlamento pode ser reeditada, mesmo porque – há pouco se mencionou – o que pode não ser urgente hoje poderá sê-lo daqui a 30 dias. Ademais – também isto se mencionou, aqui, com propriedade – impedir a reedição da Medida Provisória não rejeitada expressamente, seria consagrar ou legitimar, por exemplo, a obstrução. Bastaria que a votação da Medida Provisória fosse obstruída, para que ela não fosse convertida em lei. Por isso, peço vênha ao Sr. Ministro Relator, nessa parte, para divergir de V. Excelência [...].¹⁶

¹⁶ In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212, abril/junho 1998. Renovar. São Paulo, p. 242.

Aqui a literalidade do § 10 do artigo 62, contudo, permite concluir, numa análise apressada, que é possível sim a reedição de Medida Provisória, seja na sessão legislativa seguinte à de sua edição, quando rejeitada pelo Congresso ou perdido sua vigência por decurso de prazo, seja na mesma sessão legislativa em que publicada, nos demais casos.

Porém, não obstante o texto do mencionado § 10, o mais lógico é aceitar que as Medidas Provisórias não podem ser reeditadas na mesma sessão legislativa, já que foi principalmente este o mote que levou o constituinte reformador a promulgar a EC 32. Tanto assim é que hoje a disciplina do instituto prevê a prorrogação de sua eficácia, possibilidade esta que não existia sob a égide do artigo 62 da Constituição em sua redação original. O permissivo do § 10 serve apenas para igualar a Medida Provisória ao projeto de lei que tiver sido rejeitado pelo Parlamento, cuja matéria, segundo o artigo 67 da CF/88, poderá ser objeto de novo projeto de lei na sessão legislativa seguinte ou na mesma sessão se, neste caso, houver proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das casas do Congresso Nacional.

Semelhante regra é encontrada no § 5º do artigo 60, que permite que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

Na verdade, a norma constitucional, ao vedar a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória rejeitada ou que perdera a eficácia por decurso de prazo, autoriza o Presidente da República a reeditá-la na sessão legislativa posterior. Vale dizer, a Medida Provisória, a despeito de ter sido rejeitada pelo Congresso ou perdido sua vigência por decurso de prazo, poderá ressurgir no cenário jurídico, mas somente na sessão legislativa seguinte. Porém, na mesma sessão legislativa em que editada não se permitirá qualquer reedição de Medida Provisória.

Há ainda outro pormenor sobre esse § 10. Consiste em saber se a possibilidade de reedição da Medida Provisória se apresenta na sessão legislativa seguinte à de sua edição ou à de sua rejeição ou perda de eficácia. A mera leitura do dispositivo não é bastante a assegurar uma resposta conclusiva.

Pertinente e elucidativo é o sentir de Gilmar Ferreira Mendes, que assevera que:

a Medida Provisória pode ser reeditada na sessão legislativa seguinte àquela em que ocorreu a rejeição (e não na seguinte àquela em que foi editada), já que o fenômeno relevante a ser tomado em conta é a manifestação negativa do Congresso (ou o decurso do prazo para aprovação da medida). Essa rejeição é que somente pode ser superada em outra sessão legislativa.¹⁷

10 MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 32 a doutrina se digladiava sobre a possibilidade de Medida Provisória instituir ou majorar tributos. De início, é interessante trazer à baila o posicionamento de Paulo de Barros Carvalho, quiçá o jurista mais avesso ao manejo daquele instituto:

Meditemos, por derradeiro, acerca do emprego de medidas provisórias no plano do direito tributário. A União poderá utilizá-la para criar tributo, estabelecer faixas adicionais de incidência em gravames já existentes ou, ainda, majorá-los? Cremos que não. E dois motivos suportam este entendimento: um, pela incompatibilidade da vigência imediata, elemento essencial à índole da media, com o princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, b); outro, de cunho semântico e pragmático, pela concepção de “tributo” como algo sobre que os administrados devam expressar seu consentimento prévio. A noção de “tributo”, nos países civilizados, repete a exigência de parcelas do patrimônio dos indivíduos, por ação unilateral do Estado, considerando a iniciativa como fundada em idéia vetusta, que prevaleceu em tempos medievais e em ambientes de tirania. O intervalo de tempo em que vigora a medida, sem que o Poder Legislativo a aprecie, acolhendoa, expõe os cidadãos, comprometendo direitos que lhes são fundamentais (propriedade e liberdade), expressamente garantidos na Carta Básica. Este intertempo, onde impera a vontade monádica do Estado sem o assentimento dos destinatários da pretensão, não se compagina também com a magnitude semântica que o termo “tributo” ostenta nos dias atuais.¹⁸

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84-5.

¹⁸ CARVALHO, op. cit., p. 72.

Com invulgar maestria, Luciano Amaro refuta cada um desses argumentos, a começar pelo último, quando diz que:

Aceitá-lo, porém, implicaria negar à medida provisória ingerência em toda e qualquer matéria; se ninguém pode ser obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei, jamais alguém poderia ser obrigado a coisa alguma por medida provisória (pois esta não é lei). Parece claro que, onde a Constituição fala em lei, não seria lógico que se previsse, a cada passo, a alternativa: “lei ou medida provisória”. Basta falar-se em “lei”, pois, no art. 62, a Constituição estabelece que a medida provisória tem força de lei. Trata-se de equiparação de eficácia ditada pela Constituição, que não pode, portanto, ser contraditada, a pretexto de que essa equiparação não foi repetida a cada matéria para a qual a Constituição exige lei. Por outro lado, o princípio da aprovação popular é conciliável com a medida provisória, pois esta é submetida à aprovação do Congresso, e perde seus efeitos, *ex tunc*, se não for convertida em lei. De qualquer modo, é a mesma Constituição que prevê a legalidade tributária e que autoriza as medidas provisórias com força de lei. Por fim, o princípio da anterioridade não torna as medidas provisórias incompatíveis com os tributos. O argumento pode até ser utilizado ao contrário: ao final do exercício, a medida provisória seria o único veículo legislativo eficaz para editar a norma de incidência com respeito pelo citado princípio. É verdade que os requisitos da relevância e da urgência condicionam o exercício do poder do Presidente da República de editar medidas provisórias. Esses requisitos devem ser invocados para controle da legitimidade do exercício do excepcional poder conferido ao Chefe do Governo, tanto no caso de leis tributárias como no de qualquer outra. Não há uma “especificidade” dos tributos que os incompatibilizem com medidas relevantes e urgentes. Nalgumas situações a urgência é tamanha que a Constituição dispensa mesmo o princípio da estrita reserva legal; é o caso dos tributos cujas alíquotas poder ser alteradas por ato do Executivo (obedecidos certos parâmetros legais). Entretanto, não

se diga que somente nesses casos é que caberia medida provisória; aliás, para essas situações, não é necessária a medida provisória, pois o Poder Executivo dispõe de outro instrumento. E a medida provisória não é para atuar dentro de limites legais, ela é prevista para atuar como sucedâneo da lei.¹⁹

Costumava-se dizer, em síntese, que as medidas provisórias não se prestam à instituição de tributos porque estes necessitam de uma prévia aprovação popular, o que somente ocorre com o processo legislativo. Mas “ter força de lei” é ser como lei. É ter o poder da lei. É fazer o que a lei faz. É ser lei, ainda que temporariamente. Ora, se a Medida Provisória não pudesse ser equiparada à lei, valia alguma teria, já que atos normativos hierarquicamente inferiores às leis podem livremente ser editados pelo Executivo independentemente da situação relevante e urgente, como os decretos, as portarias etc.

O debate jurisprudencial adormeceu após o pronunciamento do Pretório Excelso que entendeu ser a Medida Provisória instrumento hábil à instituição e majoração de tributos. Cita-se, à guisa de ilustração, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1005-1/DF (DJ – 19/05/1995) de relatoria do eminente Ministro Moreira Alves, em cujo julgamento houve pronunciamento do Ministro Carlos Veloso da seguinte forma:

O Supremo Tribunal Federal já examinou a questão da possibilidade de ser instituído tributo mediante medida provisória. Isso ocorreu no julgamento do RE 146.733-SP, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves (RTJ 143/684) e do RE 138.284-CE, por mim relatado (RTJ 143/313), nos quais este Plenário declarou a constitucionalidade da contribuição social incidente sobre o lucro das pessoas jurídicas (Lei nº 7.689, de 15.12.88). Nos citados julgamentos, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese no sentido de que o tributo pode ser instituído mediante medida provisória. O que acontece é que a Constituição, ao estabelecer a medida provisória como espécie de ato normativo primário, não impôs qualquer restrição no que toca à matéria (CF art. 62), ao contrário do que ocorria relativamente ao decreto-lei da Constituição pretérita, que prescrevia as matérias que poderiam

¹⁹ AMARO, op. cit., p. 167.

ser disciplinadas por decreto-lei: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias e criação de cargos públicos e fixação de vencimento (CF/67, art. 55, I, II, III). Em trabalho doutrinário que escrevi, em seguida à promulgação da Constituição vigente, registrei que a Assembléia Nacional Constituinte, ao instituir a medida provisória, ‘talvez por inadvertência, consagrou algo pior, muito pior do que o decreto-lei da Constituição de 1967, que são as medidas provisórias’, que ‘podem ser baixadas sobre qualquer matéria, enquanto que o decreto-lei somente poderia versar determinadas matérias’. Escrevi mais: ‘convém registrar, aliás, que o constituinte brasileiro inspirou-se, para adotar as medidas provisórias, na Constituição italiana. Acontece que, ali, o sistema de governo é o parlamentar: adotada uma medida provisória não aprovada esta pelo Parlamento, pode dar-se a queda do Gabinete, assim do Governo. No sistema presidencial, não aprovada a medida provisória baixada pelo Presidente da República, não acontece nada. A Assembléia Constituinte, que trabalhava sobre um texto que consagrava o sistema parlamentar de governo, não acolhido este, esqueceu-se de expurgar do texto as medidas provisórias, que não são próprias do sistema presidencial de governo’. E concluí: ‘Acredito que as medidas provisórias da Constituição de 1988 causarão mal ao País. A prática da Constituição dirá se estamos certos’. (‘A delegação legislativa – A legislação por associações’, em ‘Temas de Direito Público’, ex Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1994, p. 400, 410/411).

Admitida a possibilidade de a medida provisória instituir tributo, assim dispor sobre matéria tributária, perde relevância a afirmativa no sentido de que haveria, no caso, transgressão ao princípio da anterioridade, dado que a medida provisória, que tem força de lei, na forma do art. 62 e seu parágrafo único, da Constituição, apresenta normatividade a partir de sua edição. Presente a súmula 584 do Supremo Tribunal Federal, não haveria ofensa ao princípio da anterioridade”.

A fim de pôr termo à discussão doutrinária, que persistia mesmo depois do assentamento jurisprudencial, o constituinte reformador fez

inserir um parágrafo (o segundo) para ficar inequívoca a possibilidade de instituição ou majoração de tributos por Medida Provisória. Contudo, mais uma vez foi infeliz na redação (Medida Provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada) e permitiu que ressurgisse a celeuma, desta vez com matiz diverso.

Explica-se: é que a redação do mencionado parágrafo emprega o termo “imposto” (que é espécie) ao invés de “tributo” (que é gênero). E o faz apenas para estabelecer a aplicação do princípio da anterioridade tributária atinente à exação criada ou majorada por meio de Medida Provisória. Acontece que, ao empregar o termo “imposto” e não “tributo”, deu ensanchas a uma interpretação no sentido de que somente os impostos – mas não as demais espécies tributárias, como contribuições, taxas etc. – pudessem ter disciplinamento normativo por Medida Provisória.

No que pese a literalidade do dispositivo, o certo – crê-se – é considerar que os tributos (todos eles, salvo aqueles instituíveis por lei complementar) possam ser criados ou majorados por Medida Provisória e, no caso dos impostos – e para fins de atendimento ao princípio da anterioridade – a MP só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Demais disso, o novo artigo 62 da CF/88 traz o elenco das matérias que não podem ser objeto de Medida Provisória. Não existe qualquer relação de temas que poderiam ser veiculados por MP's; logo, conclui-se que se não consta desse elenco instituir ou majorar tributos outros além dos impostos é porque a Medida Provisória pode sim tratar desses assuntos.

E essa parte final do raciocínio dá espeque a outra crítica ao § 2º: como consta da redação, o princípio da anterioridade somente se satisfaz caso a Medida Provisória se converta em lei no exercício anterior ao de cobrança do tributo criado ou majorado. Isso faz com que a Medida Provisória, neste caso, tenha serventia de mero projeto de lei, já que ela – por si – não produz efeitos. Os efeitos em senda tributária, vale dizer, serão produzidos pela lei de conversão.

11 CONCLUSÃO

Como dito bem ao início deste artigo, a disposição de um instituto que permita o Executivo “legislar” em situações excepcionais é inevitável, ante a lamentosa indiferença do Poder Legislativo para com a imperiosa necessidade de produção normativa numa sociedade altamente inconstante.

Esse instrumento – a Medida Provisória – se usado comedidamente e nos exatos limites traçados pela Lei Maior possibilita a melhor governabilidade do país e enaltece a democracia.

As Medidas Provisórias são como leis cuja eficácia se submete a condição resolutiva, qual seja, sua aprovação pelo Congresso Nacional.

Em decorrência da nova disciplina constitucional entabulada pela EC nº 32/2001, não se permite mais a reedição de Medidas Provisórias, salvo se na sessão legislativa seguinte à de sua rejeição ou perda de eficácia.

A Medida Provisória é instrumento idôneo à instituição ou majoração de tributos, desde que não aqueles para os quais se exige Lei Complementar.

Cumpra lembrar, por fim, que por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, as Medidas Provisórias editadas em data anterior à de sua promulgação continuam em vigor e assim permanecerão até que outra MP as revogue ou até que sobre elas se manifeste o Congresso Nacional. Para tanto, não se lhe fixa a EC qualquer prazo.

12 REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- AVELAR, Matheus Rocha. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed., Curitiba, Juruá, 2007.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- BOBBIO, Norberto. **Introduzione alla costituzione**. Roma: Editori Laterza, 1980.
- BORGES, José Souto Maior. **Eficácia e Hierarquia da Lei Complementar**. Revista de Direito Público, n. 25, RT.
- CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 2. ed. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 1991.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999.

- CASTRO, Alexandre Barros. **Tributos X Medidas Provisórias no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Carthago & Forte Editores Associados Ltda., 1992.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988, sistema Tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988 – Contribuição Crítica**. São Paulo. Forense Universitária, 1991.
- DANTAS, Ivo. **Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- DERZI, Mizabel. Medidas provisórias: sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos. **Revista de Direito Tributário, nº 45**, jul./set. 1988.
- FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário**. Resenha Tributária. 4. ed. São Paulo, 1976.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. revista, ampliada e atualizada com a EC nº 22/99. Atlas, São Paulo, 1999.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito Tributário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, NO BRASIL

Paulstein Aureliano de Almeida
Advogado da União, Ex-Assessor do Tribunal Regional
Federal da 5ª Região, Pós-Graduado, lato sensu, pelo
Centro Universitário de João Pessoa, UNIPÊ (Direito Municipal).

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Panorama histórico;
3 Natureza jurídica: jurisdição de contas;
4 Conclusão.

RESUMO: Objetiva o presente ensaio analisar a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, no Brasil, tema a suscitar divergências no campo jurídico. Não se limita a contornos meramente acadêmicos, uma vez que tem em vista relevantes conseqüências práticas, especialmente no que tange aos limites de revisibilidade das decisões das Cortes de Contas pelo Poder Judiciário. Visa demonstrar que, embora os Tribunais de Contas não integrem, até hoje, o elenco de órgãos do Poder Judiciário, as decisões que profere produzem não só a coisa julgada administrativa, como também a coisa julgada formal e material. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 ao cometer o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos a referidos órgãos, investiu-os no parcial exercício da função judicante. A relevância social, jurídica e científica deste trabalho se justifica na medida em que a tendência, no Brasil, é de tornar os Tribunais de Contas co-partícipes da formulação e execução do fluxo financeiro-orçamentário do Estado. A Carta Magna possibilitou a evolução desses tribunais da condição de mero apreciador passivo da legalidade formal de certos atos para a de órgão administrativo de controle permanente, *a priori*, concomitante ou *a posteriori*, ativo e de ofício, da gestão administrativa integral do Estado, no tocante às receitas e despesas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunais de Contas. Panorama Histórico. Natureza Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Ao examinar-se a doutrina jurídica e jurisprudência brasileiras pertinentes ao tema Tribunal de Contas, verificar-se-á que sempre existiu intensa e interminável polêmica, verdadeira *vexata quaestio*, acerca da natureza jurídica das Cortes de Contas.

Diante desse panorama, amear-se-á o conjunto das opiniões mais respeitáveis sobre a questão para, ao final, expor-se a conclusão concernente ao problema.

2 PANORAMA HISTÓRICO

Já no século XIX, acerca da natureza jurídica das Cortes de Contas, pontificava o pensamento do Visconde de Uruguay¹.

A primeira e indispensável qualidade que devem ter os membros de um Tribunal de Contas é uma inteira independência, principalmente daqueles cujas contas tomam. Não podem ser independentes sem uma alta posição, e se não tiverem vencimentos que os ponham a coberto pela necessidade. Não deve ser tão diminuto o número dos membros de um semelhante Tribunal, que fique tudo apenas dependente de um ou dois indivíduos. É preciso que sejam uns contrastados por outros e que seja revisto por outros o que cada um faz e prepara. Semelhantes Tribunais não podem deixar de ser mais ou menos numerosos, mais ou menos dispendiosos quanto à escolha dos moldes; havendo não menos de quatorze Constituições, onde se consigna o princípio do Tribunal de Contas. [...] Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura, e intervindo na administração, seja não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias, por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças. [...] Tais razões inclinaram decididamente a nossa escolha para o tipo italiano, de que o nosso plano indica apenas os traços cardeais, e cuja organização se formulará no regulamento, para a elaboração do qual este ministério constitui, sob a sua presidência, e adstrita aos caracteres essenciais do modelo adotado, uma Comissão

¹ URUGUAI, Visconde de. *Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1865. p. 326.

de profissionais, que deu princípio imediatamente aos seus trabalhos, e já os tem adiantados. Passado mais de um século, o magistério de Ruy Barbosa permanece atualadíssimo, plenamente aplicável ao Brasil dos tempos atuais.

Embora inexistente na época do Brasil-Império, já destacava o Visconde de Uruguay a faceta primordial, de relevo, a caracterizar a instituição Tribunal de Contas, qual seja, a independência jurídico-funcional, a autonomia absoluta em seu campo de competências constitucionais e legais. Ainda hoje, tal independência figura como imprescindível para o adequado funcionamento das Cortes de Contas, no desincumbirem-se elas de seu múnus de controle externo.

Ruy Barbosa², contudo, o construtor da até então infante República, foi quem a respeito de Tribunal de Contas nos deixou lições imorredouras. De suas Obras Completas, , transcrevam-se os seguintes excertos.

É, entre nós, o sistema de contabilidade orçamentária defeituoso no seu mecanismo e fraco na sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inevitável de reorganizá-lo; e acredita haver lançado os fundamentos de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. [...] A necessidade de confiar a revisão de todas as operações orçamentárias da receita e despesa a uma corporação, com as atribuições que acabo de expor, está hoje reconhecida em todos os países, e satisfeita em quase todos os sistemas de governo estabelecidos.

Já em 1893, ao reputar o instituto do contencioso administrativo, em face da Constituição de 1891, concluiu Ruy Barbosa acerca da natureza dos Tribunais de Contas: “Conquanto de natureza administrativa, oferece, pelas garantias de independência que se lhe asseguraram, e pelos requisitos que devem presidir a sua composição, todas as garantias dos Tribunais do Poder Judiciário.”

² BARBOSA, Ruy. Obras Completas. v. 13. t. 13. Rio de Janeiro: Forense, 1891.

Mário Masagão³ já tinha opinião diversa. Transcrevo-a: “O Tribunal de Contas, no Brasil, é um órgão de administração, preposto do Poder Legislativo, com função de fiscal da administração financeira.”

Houve, como se vê, uma evolução da doutrina administrativa no tocante a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, de 1893 a 1927.

Castro Nunes⁴, afirma que:

Os expositores dão notícia da controvérsia, concluindo com Ducroc que a Corte de Contas não é órgão judiciário, mas jurisdição administrativa, dita judiciária, no tocante à tomada de contas, apenas no sentido genérico de jurisdicional. [...] No Brasil, o Tribunal de Contas não está e jamais esteve articulado com o Supremo Tribunal. É um instituto sui generis, posto de permeio entre os poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles. [...] A denominação de magistratura aplicada à Corte de Contas é freqüentemente encontrada nos expositores, sobretudo os italianos, quer os antigos, quer os contemporâneos. A Corte de Contas e o Conselho de Estado, dizem eles, são as magistraturas da ordem administrativa. [...] As Cortes de Contas não são delegações do Parlamento, são órgãos autônomos e independentes. Mas existem em função da atribuição política dos Parlamantos no exame das contas de cada exercício financeiro. É esse, na teoria dos institutos, o traço fundamental. Na sua função cotidiana, quer na fiscalização financeira, quer na tomada de contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, ela serve a esse objetivo que lhe explica a destinação, como órgão auxiliar e preparador daquela função.

Themístocles Brandão Cavalcante⁵ também comungara do mesmo entendimento de Castro Nunes, abaixo transcrito, ao argüir:

Não vejo motivos para recusar ao Tribunal de Contas função jurisdicional, em certos casos, porque a unidade de jurisdição não existe entre nós depois que as Constituições

³ MASAGÃO, Mário. Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo. ,1927. p. 153

⁴ NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 24-26.

⁵ CAVALCANTE, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas e sua Competência Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, n. 3,1946 p. 19.

e as leis ordinárias criaram as jurisdições administrativa, judiciária, do trabalho, militar, cada qual com o seu sentido específico e sofrendo as restrições admitidas na Constituição e nas Leis.

Versando sobre o tema, discorreu Aliomar Balleiro⁶: “O Tribunal de Contas poderá parecer simples órgão administrativo, colegiado, com funções jurisdicionais sobre os devedores e pagadores de dinheiros públicos.”

Francisco Campos (o Chico Ciência)⁷ entendia ser o Tribunal de Contas um órgão congressual, auxiliar do Parlamento, cujas funções não são administrativas, nem judiciais. Veja sua doutrina a respeito:

O Tribunal de Contas é um órgão instituído na própria Constituição e por ela preposto ao controle da Administração Central. Será um órgão de natureza administrativa? Tudo indica que não. A sindicância e o controle que ele exerce sobre a Administração são atos de natureza parlamentar. [...] O Tribunal de Contas é um órgão de natureza parlamentar, órgão auxiliar do Parlamento, e exerce, por delegação ou extensão constitucional de funções, funções clara, evidente e manifestamente congressuais.

Esqueceu-se o insigne doutrinador supracitado que existem funções administrativas no âmbito dos três Poderes, tendo em vista que os Poderes Legislativo e Judiciário também abarcam uma Administração interna, que coordena e desempenha as funções administrativas internas de cada qual desses Poderes. Não é defensável, portanto, a tese do referido autor, ao considerar o Tribunal de Contas destituído de qualquer função ou natureza administrativa.

Ao cuidar do assunto em tela, pontificou Manuel Ribeiro⁸, em frontal oposição à orientação esposada por Francisco Campos, verbo ad verbum: “O Tribunal de Contas tem funções jurisdicionais e pratica atividades próprias do Poder Judiciário. [...] As suas decisões não podem voltar a ser apreciadas na esfera judicial”.

⁶ BALLEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o Controle de Execução Orçamentária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 31, p. 101, jan./mar. 1963.

⁷ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, v. 2. Rio-São Paulo: Freitas Bastos, 1956. p. 134-136.

⁸ RIBEIRO, Manuel. Atividade jurisdicional dos tribunais de contas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 68, p. 52, abr./jun. 1962.

Alfredo Buzaid⁹, considera as Cortes de Contas uma corporação administrativa autônoma, cujas decisões, transitadas em julgado, podem ser revistas pelo Poder Judiciário, que as acatará, não como se fluíssem dos próprios juízes deste, mas enquanto forem conformes à lei.

Em Cotrim Neto¹⁰ asseverou-se:

A situação jurídica de que desfruta o Tribunal de Contas do Brasil – mesmo quando a propósito não seja expressa a nossa Constituição – coloca-o na posição de um órgão judicial, ainda que de natureza peculiar, *sui generis*.

Oportuna e conveniente a preleção de Cretella Júnior¹¹:

Função jurisdicional é a aplicação da lei ao caso concreto, em decorrência de situação contenciosa. Não é a aplicação da lei “de ofício”. No Poder Judiciário centraliza-se toda a jurisdição, que não lhe pode ser retirada nem pela própria lei, uma vez que é outorgada por mandamento constitucional expresso. [...] Em síntese, toda série de traços externos, de “aparência” epidérmica, é que têm levado os estudiosos a outorgar aos Tribunais de Contas a função jurisdicional quando esta, no Brasil, em que não há o contencioso administrativo, mas onde impera o princípio da *una lex*, uma jurisdição, é privativa do Poder Judiciário, cuja missão específica é a de aplicar contenciosamente ao caso concreto, dirimindo controvérsias entre partes, dando, a final, a razão a quem a tem, ou seja, entregando ao vencedor a prestação jurisdicional requerida.

Pela doutrina desse autor o conjunto de atividades e funções das Cortes de Contas, no Brasil, caracteriza a instituição como de natureza exclusivamente administrativa, e não como órgão jurisdicional, judicial ou judicante.

3 NATUREZA JURÍDICA: JURISDIÇÃO DE CONTAS

De acordo com o abalizado escólio dos autores acima referidos, vê-se que a questão não é meramente acadêmica, apresentando

⁹ BUZOID, Alfredo. Tribunal de Contas no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n. 62, p. 43-62, 1967.

¹⁰ COTRIM NETO, A. B. O Tribunal de Contas e o aperfeiçoamento do Estado de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, n. 76, p. 162, out./dez. 1982.

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 13-14.

relevantes conseqüências práticas no que tange, especificamente, aos limites de revisibilidade das decisões dos Tribunais de Contas pelo Poder Judiciário. Com efeito, o busílis pertine ao significado do termo julgamento, utilizado pela Magna Carta, para designar a decisão do Tribunal de Contas.

A doutrina mais atualizada e irrefutável sobre tão tormentoso tema é a de Seabra Fagundes¹²: “O Tribunal de Contas não é simples órgão administrativo, mas exerce uma verdadeira judicatura sobre os exatores, os que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos.”

Embora o Tribunal de Contas não integre, até hoje, o elenco dos órgãos do Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 ao atribuir-lhe o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos, conferiu a tal julgamento natureza jurisdicional, o que implica em investi-lo no parcial exercício da função judicante, tendo em vista o sentido definitivo da manifestação da Corte, e não pelo emprego da palavra julgamento, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação pelo Poder Judiciário, o seu pronunciamento redundaria em inútil formalismo.

Sob esse aspecto, as Corte de Contas decidem conclusivamente, de maneira que os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para reexaminar os julgamentos por elas proferidos.

A melhor doutrina acerca do tema é defendida por Pontes de Miranda¹³ que diz, in verbis: “A função de julgar as contas está claríssima no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo bis in idem.”

É atual o magistério de Pontes de Miranda, porquanto a Constituição Federal de 1988 repete a expressão *julgar* e continua não elencando o Tribunal de Contas entre os órgãos do Poder Judiciário, veja:

O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

¹² FAGUNDES, Miguel de Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. v. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. p. 95.

II – *julgar* as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. (grifo nosso)

Os estudiosos ao examinarem a questão, têm-no feito apenas do ponto de vista do Direito Constitucional ou do Direito Administrativo, esquecendo-se de que a elucubração passa necessariamente pela visão atualizada da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, consagrada na obra *L'Esprit des Lois*, 1748, a qual jamais foi adotada em seu sentido estrito.

Pontes de Miranda¹⁴ já dizia que “uma coisa é a distinção das funções do Estado em Legislativa, Executiva e Judiciária e outra a separação absoluta dos Poderes segundo tal critério.”

Efetivamente, a separação das funções legislativa, administrativa e judiciária não é absoluta, estanque, nem adstrita aos órgãos do respectivo Poder. O Poder Executivo exerce funções legislativas quando se lhe comete a iniciativa de leis, art. 84, III¹⁵; de editar medidas provisórias, com força de lei, art. 84, XXVI¹⁶; sancionar, promulgar e vetar leis, art. 84, IV¹⁷, bem como comutar penas e conceder indulto, art. 84, XII¹⁸.

Ao Poder Legislativo, além das funções legislativas, a Constituição Federal lhe outorgou competência para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República e outras autoridades, conforme se vê do art. 52, I e II¹⁹. Outorgou-lhe também funções administrativas, art. 51,

¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Os fundamentos atuais do Direito Constitucional**. São Paulo: Forense, 1932. p. 319.

¹⁵ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

III – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

¹⁶ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XXVI – editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62.

¹⁷ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

¹⁸ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XII – conceder indulto e comutar penas com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.

¹⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02.09.99);

inciso IV²⁰. Ao Poder Judiciário conferiu-lhe competência para organizar suas secretarias, art. 96²¹, inciso I, b, bem como legislativa, art. 96, II²².

Diante deste quadro delineado pela Magna Carta, conclui-se que o Poder Judiciário não tem competência para a ampla revisibilidade dos atos não-judiciais estritos. Com efeito, o princípio da revisibilidade judicial não é absoluto, uma vez que, feita uma interpretação sistemática dos preceitos constitucionais, verificar-se-á que, em alguns casos, a própria Constituição Federal fixa a competência para outros órgãos procederem ao julgamento de determinadas matérias, como, por exemplo, o julgamento do impeachment e o que os Tribunais de Contas proferem, verdadeiras exceções ao monopólio do Poder Judiciário. Ainda que assim não fosse, somente para argumentar, o Poder Judiciário não poderia adentrar o exame de mérito das deliberações das Cortes de Contas, restringindo-se tão-somente ao exame da legalidade formal.

A propósito do tema, doutrina Cretella Júnior²³: “Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação de mérito, que fica totalmente fora do seu policiamento.”

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

²⁰ Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 04.06.98).

²¹ Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva.

²² Art. 96. Compete privativamente:

II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, ressalvado o disposto no art. 48, XV;

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias.

²³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 28.

4 CONCLUSÃO

Assim, tem-se que a jurisdição não é monopólio do Poder Judiciário, sendo função exercida também pelos outros Poderes.

Nessa toada, e em conclusão, as decisões dos Tribunais de Contas, no Brasil, são expressão da jurisdição, a qual se pode tachar de jurisdição de contas, já que o julgamento sobre estas, decidindo a regularidade ou irregularidade, é soberano, privativo e definitivo.

5 REFERÊNCIAS

- BALLEEIRO, Aliomar. O tribunal de contas e o controle de execução orçamentária. **Revista de Direito Administrativo**, n.31, jan./mar.1953.
- BARBOSA, Ruy. **Obras completas**. v.13, t.3. Rio de Janeiro: Saraiva, 1891.
- BUZUID, Alfredo. O tribunal de contas no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 62, p. 43-62, 1967.
- CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. v.2. Rio-São Paulo: Freitas Bastos, 1956.
- CAVALCANTE, Themístocles Brandão. O tribunal de contas e sua competência constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, n. 3, jan.1946, p. 19.
- COTRIM NETO, A. B. O tribunal de contas e o aperfeiçoamento do estado de direito. **Revista de Informação Legislativa**, n. 76, p.162, out./dez. 1982.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FAGUNDES, Miguel de Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MASAGÃO, Mario. Em face da constituição federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo. Rio de Janeiro: RT, 1927.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à constituição de 1946**. v. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- RIBEIRO, Manuel. Atividade jurisdicional dos tribunais de contas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 68, p. 52, abr./jun.1962.
- URUGUAY, Visconde de. **Estudos práticos sobre a administração das províncias no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1865.

EMBARGOS À EXECUÇÃO INTERPOSTOS PELA FAZENDA PÚBLICA: CONSTITUCIONALIDADE DA AMPLIAÇÃO DO PRAZO PARA 30 (TRINTA) DIAS – QUESTÕES PRÁTICAS

*Raphael Diógenes Serafim Vieira,
Professor de Direito Tributário da Universidade
Federal de Viçosa, Advogado, Graduado pela Universidade
Federal de Viçosa, e autor do livro Servidor Público Temporário.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Conceito de embargos do executado 3 Constitucionalidade da alteração do prazo; 4 eficácia temporal da lei nova dos atos processuais 5 Do termo a quo e a tempestividade; 6 Há suspensão do prazo para aviamento dos embargos pela fazenda pública quando da interposição da objeção de pré-executividade? 7 Conclusões; 8 Referências.

RESUMO: O presente estudo visa delimitar a discussão acerca da constitucionalidade da ampliação do prazo para interposição dos embargos à execução manejados pela Fazenda Pública e, ao final, demonstrar a validade jurídica da dilação temporal em apreço. Paralelamente, outras questões respeitantes aos embargos do executado opostos pelas pessoas jurídicas de direito público, e que desafiam o advogado estatal em sua rotina forense, serão tratados, v.g. o dies a quo para o cômputo do interstício temporal para o representante da Fazenda exercer o direito de embargar, os efeitos da correlata intempestividade do seu exercício, o início da eficácia temporal da Lei que ampliou o referido prazo, bem como os principais pontos que se atrelam à objeção de pré-executividade e a sua sobrevida enquanto remédio processual de defesa.

PALAVRAS-CHAVES: Embargos do Executado. Fazenda Pública. Alteração do Prazo. Privilégio Processual. Constitucionalidade. Requisitos da Medida Provisória. Princípio da Paridade das Armas.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por intuito explicitar o prazo para interposição dos Embargos à Execução manejados pela Fazenda Pública face a celeuma jurisprudencial instalada no exame dos pressupostos de validade constitucional (urgência e relevância) da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que promoveu a sua alteração de 10 (dez) para 30 (trinta) dias. Inflando mais ainda essa contenda, adveio a Emenda Constitucional nº 32, promulgada em 11.10.2001, cujo teor, ao alterar o artigo 62 da Constituição da República, estabeleceu empecilho para o tratamento de disciplina processual via medida provisória.

Assim, diante da necessidade de dirimir essa importante controvérsia, a discussão foi recentemente levada ao exame do Supremo Tribunal Federal pelo Governador do Distrito Federal, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 11-8 DF), cuja pretensão assenta-se no pedido de declaração de constitucionalidade do disposto no art. 1º-B da Lei nº. 9.494, de 10.09.97, acrescentado pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24. 08.2001. Infere-se dos artigos apontados a alteração da literalidade dos arts. 730 do Código de Processo Civil e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao conceder prazo mais dilatado à Fazenda Pública para oferecimento de embargos à execução.

Neste artigo, discute-se a possibilidade de afronta aos limites constitucionais de urgência e relevância, pressupostos de legitimidade de ordem material para edição de medidas provisórias pelo Chefe do Poder Executivo.

Além disso, indaga-se também a ocorrência da transposição dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na concessão desse privilégio processual à Fazenda Pública, de modo a insultar o princípio constitucional do *procedural due process of law*, na espécie, uma vez que, com a alteração do prazo em favor de apenas uma das partes, existe potencial ameaça ao postulado da paridade das armas (art. 5º, incs. I e LIV da CR/88).

Com a finalidade de propor uma melhor compreensão acerca do tema exposto, serão tratadas, paralelamente, outras questões respeitantes aos Embargos à Execução, que desafiam principalmente o advogado público, quando instado a enfrentá-las, diuturnamente, em sua rotina forense.

2 CONCEITO DE EMBARGOS DO EXECUTADO

Constituem os embargos à execução, pois, o “processo autônomo, incidente à execução, de natureza cognitiva, dentro do qual se poderá apreciar a pretensão manifestada pelo executado, para o fim de verificar se a mesma é procedente ou improcedente”.¹

Igualmente, aplica-se o referido conceito aos embargos manejados pela Fazenda Pública, adequando-se, apenas, a definição explicitada para indicar que será a Fazenda quem ocupará a função de executado em juízo, nos termos do art. 741, do CPC.

Ao utilizar-se desse remédio processual de amparo no bojo do módulo executivo, a Fazenda Pública poderá impugnar a própria execução ou apenas os atos executivos, sob enfoque, portanto, em defesa pautada no direito material ou, convém firmar, em questões de ordem processuais.

3 CONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO DO PRAZO

O roteiro histórico travado pelos nossos tribunais no exame da constitucionalidade da triplicação do prazo para a Fazenda Pública embargar, antes de ser recentemente levado a conhecimento do Supremo Tribunal Federal, passou, inicialmente, por entusiásticos debates no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior do Trabalho, além de em várias instâncias ordinárias nos Tribunais da Federação, evidentemente, em sede de controle difuso.

No Superior Tribunal de Justiça, encabeçou a discussão o proficiente Ministro Luiz Fux, no sentido de atribuir a referida ampliação a pecha de inconstitucionalidade. O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, trilhou a mesma vereda ao declarar, em sede de controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, a violação à ordem constitucional vigente pelo disposto no art. 1º-B, da Lei 9.494, de 10.09.97, acrescentado pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.180-35/2001.

Todavia, enquanto no STJ firmou-se o entendimento da inconstitucionalidade com espeque na afronta ao art. 62, §1º, I, “b”, alterado pela Emenda Constitucional n.º 32/2001, de 11.09.2001, que passou a vedar a edição de medidas provisórias para tratamento de matéria processual; o TST, por seu turno, embasou o argumento de invalidez constitucional com fulcro no caput do artigo em epígrafe,

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v.I .13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 417.

confrontando a adequação dos requisitos constitucionais previstos para edição das medidas provisórias, de modo a concluir pela inexistência do pressuposto urgência política, que, ao lado da relevância, legitima a expedição dessa espécie normativa.

De qualquer modo, adentrando-se em cada um dos respectivos argumentos, é possível desvendar-lhes a fragilidade. Para o Ministro Luiz Fux, do STJ, a MP 2.180-35 perdeu sua eficácia em 11.09.2001, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 32, que, ao vedar, expressamente, o uso de medidas provisórias para regular matéria processual, maculou o referido ato autocrático com a quina de inconstitucionalidade.²

Nesse sentido, porém, não merece guarida o entendimento do culto Ministro posto que, da leitura do artigo 2º da EC n.º 32/2001 extrai-se que as medidas provisórias editadas até o dia 11 de setembro de 2001, como é o caso da MP *sub judice*, permaneceriam em vigor até que outra medida provisória ulterior as revogasse ou até que houvesse deliberação definitiva do Congresso Nacional sobre elas. Desse modo, *primo ictu oculi*, tendo sido a Medida Provisória 2.180-35 editada em 24 de agosto de 2001, sob o aspecto formal, é clarividente sua constitucionalidade, restando, portanto, recepcionada pelo sistema constitucional vigente.

O Plenário do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, ao decidir incidente de uniformização, em face de divergência entre suas Turmas, também entendeu pela inconstitucionalidade, todavia, como já dito, sob diverso argumento do aduzido pelo STJ. Defendeu a corte Trabalhista a tese de que inexistia a urgência política que conformasse a edição dessa Medida Provisória aos mandamentos Constitucionais, previstos no proêmio do art. 62. Assim, ao disciplinar a triplicação do prazo para a Fazenda embargar, o Chefe do Executivo enveredou-se pelo viés mais fácil e rápido, esquivando-se de percorrer o

² Nesse sentido, salutar evidenciar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de Relatoria do Senhor Ministro Luiz Fux, em cujo arcabouço revela-se o entendimento segundo o qual a Emenda Constitucional n.º 32 vedou expressamente a edição de Medidas Provisórias para regulação de normas de direito processual, verbi gratia, prazos processuais, in verbis: Processual civil. honorários advocatícios. fazenda pública. execução. não embargada. medida provisória n.º 2.180-35/2001. emenda constitucional n.º 32. Omissis. 5. A MP 2.180 perdeu sua eficácia em 11/09/2001, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 32, que vedou, expressamente, o uso de Medida Provisória para regular matéria processual. (AgRg no REsp 447.137 / PR ; AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL; 2002/0086487-7; Relator(a): Ministro LUIZ FUX (1122); Órgão Julgador)

caminho labiríntico, embora apropriado e legítimo, a saber: a iniciativa de Projeto de Lei Ordinária que dispusesse sobre o assunto.³

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando instados a examinar a *vetata quaestio*, no bojo da ADC-11, lastrearam-se por fundamentos múltiplos dos até então utilizados pelos demais colegas togados.

Preliminarmente, em sede de cognição sumária, os Senhores Ministros deliberaram pela suspensão dos processos em que é discutida a constitucionalidade do art. 1º - B da Lei 9.494, de 10.09.97, incorporado pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, fortes nos fundamentos iniciais e na segurança jurídica que exigia esse tipo de suspensão, com o intuito de evitar a perpetração de mais decisões dissonantes nesse sentido.

De acordo com a leitura das razões colacionadas no Pleno, observa-se que a discussão acerca da constitucionalidade da ampliação do prazo subsiste em examinar se o art. 4º da Medida Provisória supracitada constitui afronta aos pressupostos constitucionais insculpidos no proêmio art. 62 da CR/88, referentes à edição válida das Medidas Provisória. Além dessa questão preliminar, adverte-se que, na cognição exauriente, possivelmente, deverá ser enfrentada a potencial violação dessa dilação temporal aos princípios consectários do *procedural due process of law*.

Nesse recente debate, percebe-se que não foi ressuscitada a tese de afronta ao art. 62, §2º, I, “b”, da CR/88 - com redação que lhe foi fornecida pela Emenda Constitucional nº. 32, de 11.10.2001. De mais a mais, trata-se de argumento de curial insubsistência, pois, conforme anotado linhas acima, a Medida Provisória nº. 2.180-35 é anterior à Emenda Constitucional 32/2001, razão pela qual se enquadrou na regra de recepção prevista no seu artigo 2º,⁴ cujo teor, a despeito de impedir o uso das medidas provisórias para dispor sobre matéria processual, validou as editadas até a data de sua publicação.

O primeiro argumento, atinente à violação dos requisitos constitucionais de formulação legítima das medidas provisórias, merece

³ Traz-se a baila a Ementa do TST onde restou firmado tal entendimento: Medida provisória ampliando o prazo fixado nos arts. 730 do cpc e 884 da clt, de dez e cinco, respectivamente, para trinta dias, para os entes públicos oporem embargos à execução medida provisória Nº 2.180-35/01 - Inconstitucionalidade à luz do ART. 62, “caput”, da Constituição Federal. Omissis. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 70/1992-011-04-00 - Pleno - MINISTRO-RELATOR: IVES GANDRA MARTINS FILHO. Brasília, DF - 23 de setembro 2005. Diário de Justiça da União.)

⁴ Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

exame mais detido, pois diz respeito à possibilidade de contraste jurisdicional do âmbito do poder de discricionariedade do Chefe do Executivo, na medida em que a relevância e urgência da matéria constituem contornos que o próprio administrador público, dentro do seu poder de discricionariedade, pondera existentes em face da realidade fática.

O Senhor Ministro César Peluso, ao relatar essa declaratória de constitucionalidade, fiel aos seus precedentes, defendeu a sindicabilidade judicial material dos requisitos previstos para a expedição válida de medidas provisórias sob dois argumentos: um primeiro, de ordem política e, um segundo, de tónus estritamente jurídico.

No primeiro caso, ressalva que a Suprema Corte não pode ignorar que se registra, hoje, no sistema institucional, um anômalo quadro de disfunção dos poderes governamentais, comprometendo o poder de agenda do Congresso Nacional e acarretando a perda da capacidade do Parlamento influir, mediante sua típica função legislativa, na definição e no estabelecimento de políticas públicas. Em outras palavras, a utilização excessiva de medidas provisórias minimiza a importância político-institucional do Poder Legislativo, motivo pelo qual não pode escapar despercebida pelo Poder Judiciário, sob pena de complacência com o desequilíbrio sistêmico causado pelo Poder Executivo a democracia e ao postulado da Separação dos Poderes (art. 2º, da CR/88).⁵

Por outro lado, sob o aspecto jurídico, o Ministro importa suas razões da sempre autorizada doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem os pressupostos justificadores da edição legítima desses decretos efêmeros – urgência da prestação legislativa e relevância da matéria a ser disciplinada – afiguram-se componentes que formam a própria estrutura da regra que permite o Chefe do Poder Executivo a editá-los.

A despeito da carga discricionária do conteúdo lingüístico desses componentes – relevância e urgência –, assevera o autor, ser possível extrair do signo indeterminado deles, para além da penumbra cinzenta que os circunda, uma zona convicta passível de compreensão e, por isso, sujeita a controle jurisdicional, sob pena de conivência do Judiciário com o exercício arbitrário e abusivo com a indeterminação parcial que revela o conteúdo desses pressupostos.⁶

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 11-MC/DF. Relator: Min. César Peluso. Brasília, DF, 28 de março de 2007. Diário de Justiça da União, 29 jun. 2007.

⁶ Nesse quadro, tamanha a precisão didática dos ensinamentos do prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, merece transcrição imediata de seus fundamentos: “O judiciário não sai de seu campo próprio nem invade discricção administrativa quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar

Firmada a possibilidade da sindicabilidade judicial dos pressupostos de legitimação constitucional das medidas provisórias, segundo balizamento doutrinário e os precedentes do Supremo⁷, torna-se imprescindível analisar se, no caso em apreço, esses elementos afiguravam-se presentes. Além disso, conforme exposto no princípio, resta ainda examinar se a ampliação do prazo para a Fazenda embargar atenta contra os princípios constitucionais da isonomia, da ampla defesa, do contraditório e, ainda como consectário desses vetores processuais, se viola o princípio da paridade das armas.

Os fundamentos de constitucionalidade de ambas essas perquirições, tanto da tese que investiga a existência de relevância da matéria e urgência política da proposição da indigitada Medida Provisória, como da que perquire a sua adequação aos princípios constitucionais que zelam pela isonomia na distribuição de armas aos litigantes, resultam de um epicentro comum, razão pela qual será firmada como *ratio essendi* da legitimidade constitucional dessa MP, sob os diferentes aspectos de inconstitucionalidade levantados, na mesma linha de raciocínio.

A urgência política fazia-se imprescindível, pois diante da relevância da matéria, os prejuízos causados aos cofres do Erário, em decorrência da possível perda de prazos gerada pelo ínfimo interstício para embargar, seriam de importe astronômico. Assim, para desviar-se do moroso quadro burocrático das discussões que envolvem a tramitação normal de iniciativa de PL (Projeto de Lei) no Congresso Nacional, urgia a apresentação da ampliação do prazo por meio da edição de correspondente Medida Provisória, firme na eficácia imediata de seu conteúdo normativo.

De outro modo, justifica-se ainda as propaladas urgência e relevância da matéria, pelo desnível abismal firmado entre o volume de trabalho que a Fazenda Pública demanda diuturnamente e o reduzido patamar de recursos humanos para manejá-lo. Assim é que tal realidade

uma dada competência existem ou não existem. Na seqüência: “A circunstância de relevância e urgência serem – como efetivamente o são – conceitos ‘vagos’, ‘fluidos’, ‘imprecisos’, não implica que lhes faleça densidade significativa. Se dela carecessem não seriam conceitos e as expressões com que são designados não passariam de ruídos ininteligíveis, sons ociosos, vazios de qualquer conteúdo, faltando lhes o caráter de palavras, isto é, de signos que se remetem a um significado. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros. 2004 p. 940)

⁷ Nesse sentido: ADI nº 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.04.2004; ADI nº 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26.03.1999; ADI nº 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.06.1998; ADI nº 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19.09.1997

subsiste até hoje conforme os dados constantes no Relatório Anual de Gestão da Procuradoria da Fazenda Nacional-2006.

Nesse estudo, contido nos registros do Sistema DEFESA — Informações Gerenciais - foi apurada a atuação da PGFN em 3.471.723 demandas judiciais movidas em desfavor da União, sendo que 364.147 foram ingressadas no decorrer daquele mesmo ano. Somam-se ainda a esse avantajado quadro, os quase trinta mil expedientes de consultoria e assessoramentos jurídicos, as mais de 26 mil ações ajuizadas, além de inúmeras outras medidas judiciais e extrajudiciais levadas a efeito pelos seus membros. Ainda assim, discrepando dessa conjuntura, em 2006, ano em que esses dados estatísticos foram apurados, existiam apenas mil cento e vinte e seis Procuradores em efetivo exercício na PGFN, configurando a relação sobre-humana de 9.610 processos/expedientes, para cada procurador lotado na PGFN.⁸

Acredita-se que essa disfuncional estrutura⁹ estenda-se, *mutatis mutandi*, aos demais órgãos federais responsáveis pela defesa judicial e extrajudicial da Administração Pública, direta e indireta, promovida, respectivamente, pelos advogados da União e pelos procuradores federais, bem como às demais Procuraturas estaduais e municipais, que, comumente, granjeam recursos humanos e financeiros bem inferiores aos verificados na órbita federal.

⁸ Relatório de Gestão da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional no exercício de 2006. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/relatorios/RelatoriodeGestao2006Definitivo.pdf>>.

⁹ Por outro lado, destaca-se que, não obstante a intensa produtividade diagnosticada, o que poderia gerar o comprometimento dos resultados alcançados pela PFN, têm sido bastante positivos em sua ampla atuação, sobretudo na recuperação de valores devidos à Fazenda Nacional, porquanto, apenas no período de 1995 até 2006, a arrecadação total foi de setenta bilhões de reais

Como se observa ainda, o desempenho dos procuradores da fazenda rendeu um recolhimento ao Erário no importe de mais de nove bilhões e meio de reais só no exercício de 2006, sendo o aumento na arrecadação conquistado sempre em escala progressiva, em relação ao ano anterior.

No que tange, mais especificamente, a economia gerada aos cofres públicos por intermédio das vitórias judiciais na interposição de Embargos e Impugnações, identificadas como as quantias que a União deixou de desembolsar, observa-se a contenção de dispêndio superior à dez bilhões de reais, apenas no último ano, referente ao exercício de 2006.

Portanto, a ampliação do prazo para a fazenda pública embargar, constitui, medida salutar e que revela, com toda clarividência, em instrumento que se traduz em economia de vultosas quantias para a sociedade, ao permitir, a partir da economia gerada aos cofres públicos, a disponibilização de crédito para o gestor público ampliar os investimentos na implementação de políticas públicas, sobretudo, nas deficitárias áreas sociais do nosso país. Dados informados no Relatório de Gestão da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional no exercício de 2006. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/relatorios/RelatoriodeGestao2006Definitivo.pdf>>.

Desse modo, ilustra-se a disparidade entre o volume de demandas e a hipossuficiente estrutura da advocacia estatal, tornando imperativa a ampliação do prazo para embargos à execução, fato que já não poderia mais conservar-se a mercê do lento trâmite do projeto de lei nº 2.689/96, que dispõe sobre tal ampliação, e, há mais de 10 (dez) anos, aguarda deliberação das Casas Legislativas.

Dessarte, as “notórias insuficiências da estrutura burocrática de patrocínio dos interesses do Estado, aliadas ao crescente volume de execuções contra a Fazenda Pública tornavam relevante e urgente a ampliação do prazo para ajuizamento dos embargos.”¹⁰

Tratam-se, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, de discriminações constitucionais, porque não arbitrárias, na medida em que visam a compensar deficiências da defesa em juízo das entidades estatais. Essa é a razão pela qual a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais ao Estado, como tradição de nosso processo civil: assim, no reexame necessário da sentença contrária e na dilação de prazos para a resposta e os recursos.¹¹

De fato, sob o *aspecto material*, vislumbra-se razoável e consentânea a justaposição do tratamento diferenciado ao princípio da paridade das armas e, conseqüentemente, aos princípios da isonomia (art. 5º, *caput* e inc. I, da CR/88), e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR/88). Sob outro prisma, para o professor Leonardo Greco, a paridade de armas antes, *exige* a dilação de prazos, tendo em vista os

entraves ao funcionamento da máquina administrativa, que retardam a colheita de informações necessárias à defesa do Estado (além da) ausência de adequada estruturação de órgãos dedicados à defesa judicial dos seus interesses, especialmente em pequenos municípios do País. 12

Portanto, diante do gigantismo e extenso cipoal burocrático do aparelho estatal, a ampliação do prazo para a Fazenda Pública

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 11-MC/DF. Relator: Min. César Peluso. Brasília, DF, 28 de março de 2007. Diário de Justiça da União, 29 jun. 2007.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar nº. 1.753. Relator Sepúlveda Pertence. Brasília 16 de abril de 1998. Diário de Justiça da União, 12 de jun. de 1998.

¹² GRECO, Leonardo. Conferência proferida no Seminário Internacional sobre “Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e pela Universidade Federal Fluminense, nos dias 22 e 23 de agosto de 2006, no auditório da faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF, em Niterói – RJ. Arquivo de áudio disponível em: < www.cjf.gov.br/revista/numero35/artigo04.pdf >. Acesso em: 25 de nov. 2007.

embargar, além de firmar a constitucionalidade formal da Medida Provisória n.º 2.180-35/2001, por clarividenciar a relevância e urgência da matéria (art. 62, *caput*, da CR/88), não apresenta-se como atentado ao princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, motivo pelo qual não caracteriza privilégio inconstitucional.¹³

4 EFICÁCIA TEMPORAL DA LEI NOVA DOS ATOS PROCESSUAIS

A aplicação da regra de direito intertemporal *tempus regit actum* indica, *in casu*, que a partir da publicação da MP n.º 1.984-16, em 06 de abril de 2000¹⁴, a Fazenda Pública, executada por quantia certa, dispõe do prazo de 30 (trinta) dias para a apresentação de embargos, em razão, portanto, do novo texto ditado ao art. 730 do CPC.¹⁵

Tendo em vista que prevalece, em doutrina e jurisprudência, o entendimento segundo o qual a eficácia da norma processual no tempo é informada pelo *Sistema da Unidade dos Atos*, de modo que cada ato do processo é tomado como uma unidade autônoma, a lei nova deve aplicar-se mesmo aos processos pendentes, regendo os atos pela nova lei, a partir da data em que a mesma ingressou em vigência.¹⁶

Ressalva-se, porém, que essa regra de balizamento hermenêutico deve ser aplicada *cum grano salis*, sob pena de perpetração de grave injustiça e instauração de insegurança jurídica na praxe forense. A aplicação da lei nova deve alcançar o processo pendente, isto é, os atos que o compõem, sem, contanto, incidir sobre aqueles já em prática, cujos prazos estão em curso.

Desse modo, no que atine aos prazos em andamento quando da edição da indigitada medida provisória, a despeito da sua eficácia imediata,

¹³ Alexandre Freitas Câmara, avalia como inconstitucional essa ampliação de prazo, ao argumento de ofensa irrogada aos princípios da isonomia e da razoabilidade. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Vol. II 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006., p. 425). O Senhor Ministro Marco Aurélio, adotando posição mais rígida ainda, partilha do entendimento de que todo privilégio processual conferido às pessoas jurídicas de direito público reputam-se inconstitucionais, (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar n.º 1.753. Relator Sepúlveda Pertence. Brasília 16, de abril de 1998. Diário de Justiça da União, 12 de jun. de 1998).

¹⁴ Desde 06 de abril de 2000, o prazo para a Fazenda Pública apresentar embargos à execução é de 30 (trinta) dias e não de 10 (dez), tendo em vista que a MP n.º 1984-16, com vigência imediata desde sua publicação, foi sucessiva e tempestivamente reeditada até a atual numeração 2.180-35.

¹⁵ Em sentido conforme, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: REsp n.º 475.722/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 29/11/2004; REsp n.º 572.938/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 22/03/2004; REsp 718.274/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 12.09.2005.

¹⁶ O Código de Processo Civil vigente, na segunda parte do art. 1.211, adotou essa mesma regra processual, conforme destacado: "Art. 1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes."

a melhor doutrina é no sentido de que estes não seriam alcançados pela ampliação do interregno temporal, sendo que os trinta dias apenas aplicar-se-iam aos prazos que transcorressem a partir do dia em 06 de abril de 2000, quando publicada a referida Medida Provisória.¹⁷

Na ADI 1.753-2 DF,¹⁸ posicionou-se o Supremo nesse mesmo sentido, invocando, para tanto, a lição sempre autorizada de Carlos Maximiliano, para quem o “prazo processual, uma vez começado, não é mais suscetível de ser aumentado, nem diminuído, sem retroatividade condenável.”¹⁹

5 DO TERMO A QUO E A TEMPESTIVIDADE

Os embargos opostos pela Fazenda Pública serão oferecidos no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de juntada do mandado de citação, ou do mandado de intimação quando se tratar de cumprimento de sentença.²⁰

Nesse ínterim, não mais subsiste a discussão se é possível a fixação do *dies a quo*, para exercer o direito de embargar, a partir da garantia em juízo da dívida, fosse por meio da intimação da penhora ou de depósito do *quantum debeatur* em juízo, pela Fazenda Pública. Primeiramente, porque a lei 11.382, de 07.12.2006, revogou os incisos do art. 738 do CPC, supedâneo legal em que se estabeleciam esses termos.

Ademais disso, acredita-se que, mesmo antes dessa revogação, a utilização destes expedientes constituía uma impropriedade congênita, já que contrária à própria natureza da Fazenda Pública, vez que, gozando da presunção de patrimônio e, igualmente, de impenhorabilidade de seus bens, não lhe era imposto o dever de garantir a obrigação ao Estado-juiz.

Assim, fixado o termo *a quo* do prazo, previsto no proêmio do art. 730, do CPC, cumpre verificar as conseqüências da interposição dos embargos a destempo.

¹⁷ Como dito alhures, desde 06 de abril de 2000, o prazo para a Fazenda Pública apresentar embargos à execução é de 30 (trinta) dias e não de 10 (dez), tendo em vista que a MP nº 1984-16, com vigência imediata desde sua publicação, foi sucessiva e tempestivamente reeditada até a atual numeração 2.180-35.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar nº. 1.753. Relator Sepúlveda Pertence. Brasília 16 de abril de 1998. Diário de Justiça da União, 12 de jun. 1998.

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. Direito Intertemporal. n.232. São Paulo: Editora Forense, 1946. p. 272.

²⁰ “O prazo para a oposição de embargos do devedor, em se tratando de fazenda Pública, deve ser contado a partir da juntada aos autos do mandado citatório devidamente cumprido.” (STJ - Sexta Turma - Min. HAMILTON CARVALHO - Resp 336.622-DF - v.u. - J. 04/06/2002 - DJU 19/12/2002, p. 466).

Tratando-se de embargos do executado opostos extemporaneamente pela Fazenda Pública, detém-se a corrente jurisprudencial majoritária a aplicar o art. 739, I, do CPC sob o argumento de ocorrência de preclusão temporal. 21

Dessarte, interposto os Embargos fora do trintídio legal haverá preclusão temporal do direito de embargar²², razão pela qual se deve rejeitá-los liminarmente, nos termos do art. 739, I, do CPC.

6 HÁ SUSPENSÃO DO PRAZO PARA AVIAMENTO DOS EMBARGOS PELA FAZENDA PÚBLICA QUANDO DA INTERPOSIÇÃO DA OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE?

A objeção de pré-executividade, ou exceção de pré-executividade, qualificações que traduzem o mesmo instrumento jurídico, constitui o remédio processual de defesa, de construção doutrinária e de consolidação pretoriana, próprio para impugnar matéria de ordem pública e que prescinde de dilação probatória, posto a favor daquele que pode sofrer a constrição patrimonial em curso no módulo executivo.

Trata-se de incidente instaurado nos próprios autos da demanda executória, tendente a averiguar circunstâncias cognoscíveis de ofício pelo magistrado.²³ Depreende-se, pois, que não havendo necessidade de

²¹ O Desembargador Gouvêa Rios do Tribunal de Justiça Mineiro, acolhendo essa mesma argumentação, assevera que a “ausência de oposição de embargos de devedor contados a partir da data da juntada da carta precatória [...] enseja a preclusão temporal, razão pela qual a rejeição liminar dos embargos é medida que se impõe. (TJMG – APC nº 1.0472.04.003354-1/001 – Rel. Des. Gouvêa Rios – J. 18.02.2005). Nesse mesmo sentido, seguem-se os seguintes precedentes: TJMG – APC nº 1.0073.04.014603-4/001 – Rel. Des. Maria Elza – DJ 01.10.2004 e TJMG – APC nº 1.0000.00.318591-5/000 – Rel. Des. Pedro Henriques – J. 2.08.2003.

²² Nada obstante a prática forense tenha consagrado o instituto da preclusão para o fenômeno da intempestividade dos embargos, merece transcrição a crítica do professor Alexandre Freitas Câmara, para quem a intempestividade dos embargos não gera a preclusão do direito de embargar, pois, tratando se os embargos de processo autônomo e a preclusão, por sua vez, de fenômeno reduzido ao âmbito endoprocessual, revela-se a incompatibilidade entre os dois institutos. Desse modo, o exercício a destempo acarreta, em verdade, a ausência de interesse de agir, mais especificamente, ausência de adequação do meio pelo qual se pretende obter a tutela jurisdicional. Assim, aquele que embargar após o transcurso do prazo, segundo assevera, será considerado carecedor de ação, por faltar-lhe interesse de agir. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. v. II 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 426.

²³ Fornece-nos elucidativa definição de exceção de pré-executividade o Senhor Ministro Relator Rui Rosado: PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESSUPOSTO. INOCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. PRESCRIÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO.

A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o Juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da higidez do título executivo. (Acórdão RESP 157018/RS; RECURSO ESPECIAL - 1997/0086256-9 Fonte DJ DATA:12/04/1999 PG:00158 Relator Min. RUY ROSADO DE AGUIAR (1102) Relator p/ Acórdão Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA 1088)

dilação probatória aprofundada, bem como se enquadrando a matéria alegada entre aquelas de ordem pública, o devedor estaria dispensado dos naturais ônus e gravames da defesa própria de execução (embargos) – encargos estes, diga-se de passagem, que já não mais subsistem, em razão da lei 11.382, de 06.12.06²⁴ – permitindo-se, via de regra, a tutela de seus interesses por intermédio de mero incidente processual.

Neste azo, firmado o conceito e o objeto, insta questionar se a mera interposição da objeção de pré-executividade suspende o transcurso do prazo de trinta dias para aviamento dos Embargos à Execução pela Fazenda Pública, estabelecido no art. 730, do CPC. Noutras palavras: formulada a referida *Objeção* no curso do trintídio legal, ocorre suspensão do prazo faltante, que só reiniciar-se-ia após a intimação da publicação do seu julgamento, quando então, retomando seu curso processual, seria desconsiderado em seu cômputo o prazo anteriormente decorrido?

A resposta a esse questionamento deve ser negativa. Segundo Araken de Assis, Desembargador do Tribunal do Rio Grande do Sul, “o oferecimento da exceção não deve travar a marcha do processo executivo” haja vista que os casos de suspensão do módulo executivo encontram-se dispostos sob previsão *numerus clausus* no art. 791 do CPC, ao qual não se inseriu a objeção. Além disso, corroborando essa linha de raciocínio tem-se que a ‘exceção’ de pré-executividade, sendo um remédio criado pela doutrina e cristalizado pela jurisprudência, ou seja, despido de previsão legal, descabido seria lhe atribuir um efeito que apenas deflui de hipóteses previstas em Lei.²⁵

Nesse mesmo sentido, alinha-se Alexandre Freitas Câmara²⁶, o professor Nelson Rodrigues Netto²⁷e, por fim, Alberto Camiña

²⁴ Barbosa Moreira assevera, em texto que merece integral transcrição, que a exceção de pré-executividade perdeu sua *ratio essendi* na vigente ordem processual: “No regime anterior, vinha-se admitindo que certos vícios, cuja prova não reclame dilação probatória, fossem alegados pelo devedor independente do oferecimento de embargos, mediante simples petição dirigida ao juízo de execução. Falava-se ao propósito, com expressão imprópria em “exceção de pré-executividade”. A razão essencial dessa tolerância consistia em evitar que o executado ficasse sempre sujeito a atos de constrição (e ao conseqüente prejuízo) como pressuposto necessário ao oferecimento de embargos. Agora, porém, tal razão não subsiste, pois o art. 736 (na redação da lei 11.382) aboliu o pressuposto, permitindo que o executado embargue a execução ‘independente de penhora, depósito ou caução’. Em todo caso, se existir vício suscetível de conhecimento ex officio, deve admitir-se que o executado o argua, em petição dirigida ao órgão judicial.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 294).

²⁵ ASSIS, Araken de. Cumprimento da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 309.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. V. II 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 466).

²⁷ in Exceção de Pré-Executividade, nº. 9, p. 34.

Moreira, para quem, a exceção de pré-executividade não suspende o procedimento, por falta de amparo legal.²⁸

Assim, a interposição da objeção de pré-executividade não gera a suspensão do prazo para opor embargos à execução pela Fazenda Pública, razão pela qual, interposta a referida objeção no curso do trintídio legal, a Fazenda deve também embargar antes de escoado *in totum* o prazo, sob pena de preclusão do direito de embargar, acaso, porventura, espere o resultado do julgamento para decidir se há ou não interesse em impugnar o módulo executivo.

7 CONCLUSÕES

Estas breves anotações não têm a pretensão de esgotar os vários aspectos relativos ao tema de embargos à execução movidos pela Fazenda Pública, mas, apenas, de fixar as linhas propedêuticas mais essenciais que envolvem, hodiernamente, a discussão acerca da constitucionalidade da ampliação do prazo para exercer o direito de embargar, além de outros temas objeto de discussão na praxe forense. Desse modo, em síntese, pode-se concluir:

1. É constitucional o prazo de 30 (trinta) dias para a Fazenda Pública, quando executada, interpor os competentes embargos à execução, à luz do art. 1º-B, da Lei nº 9.494/97, que alterou o decêndio legal antes previsto no artigo 730 do CPC.
2. A ampliação do prazo para trinta dias deve alcançar, tão somente, os prazos que se iniciaram a partir do dia 06 de abril de 2000, quando foi publicada a Medida Provisória n.º 2.180-35, e não os prazos que já se encontravam em curso.
3. Os embargos opostos pela Fazenda Pública serão oferecidos no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de juntada do mandado de citação, ou do mandado de intimação quando se tratar de cumprimento de sentença.
4. A interposição da objeção de pré-executividade não gera a suspensão do prazo para opor embargos à execução pela Fazenda Pública, razão pela qual, interposta a referida objeção no curso do trintídio legal, a Fazenda deve também embargar antes de escoado o prazo, sob pena de preclusão temporal, ou, de ausência de interesse de

²⁸ Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, nº 19, p. 192. Por outro lado, impende registrar que, embora a ampla doutrina e jurisprudência consagrem a ausência de efeito suspensivo atribuível à interposição da objeção de pré-executividade, há notícias de sua concessão (MINAS GERAIS. Comarca de Viçosa, autos nº 071306057614-5. DJ 08.06.2006).

agir, do direito de embargar.

5. Tratando-se de embargos do executado opostos extemporaneamente pela Fazenda Pública, devem ser rejeitados liminarmente, com fincas no art. 739, I, do CPC, sob o argumento de ocorrência de preclusão temporal, ou, de ausência de interesse de agir.²⁹

8 REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. **Manual de Execução**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- GRECO, Leonardo. **Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa**. Conferência proferida no Seminário Internacional sobre, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e pela Universidade Federal Fluminense, nos dias 22 e 23 de agosto. 2006, no auditório da faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF, em Niterói – RJ. Arquivo de áudio disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/numero35/artigo04.pdf>. Acesso em: 25 de novembro. 2007.
- KNIJNIK, Danilo. **A Exceção de Pré-Executividade**. Rio de Janeiro: Forense. 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. São Paulo: Editora Forense, 1946.
- OREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- Relatório de Gestão da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional no exercício de 2006. Acesso em: 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/relatorios/RelatoriodeGestao2006Definitivo.pdf>>.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. **Exceção de Pré-Executividade**. *RePro* 56. São Paulo: Editora RT, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Reforma da Execução do Título Extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

²⁹ Trata-se do posicionamento explicitado na doutrina de Alexandre Freitas Câmara.

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E A SEGURANÇA JURÍDICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA

*Raul Murilo Fonseca Lima,
Advogado da União,
Procurador-Seccional da União em Petrolina/PE,
Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela UNISUL/SC.*

SÚMARIO: 1 Introdução; 2 Divisão dos Poderes; 3 Histórico; 4 Conceito e características; 5 Requisitos; 6 Apreciação pelo Congresso Nacional; 7 Efeitos; 8 A EC 32/2001; 9 Reedição; 10 Medidas Provisórias em matéria tributária; 11 Conclusão; 12 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Relativização da coisa julgada. Princípio da segurança jurídica – Conflito aparente de normas. Relatividade dos direitos fundamentais. Princípio da concordância prática. Harmonização de princípios constitucionais. Garantia da Justiça das decisões judiciais.

Nas suas ações cotidianas o indivíduo sempre busca a segurança, indispensável a uma vida calma, estável e sem preocupações. Nesse contexto, a certeza de suas relações no âmbito do Direito, alicerçada no Princípio da Segurança Jurídica, à desdúvida, apresenta-se como um dos principais instrumentos de tranqüilidade humana, constituindo importante fator de paz social.

A certeza de uma decisão judicial, por exemplo, significa para as partes em litígio o fim das controvérsias que as mantinham em constante conflito. Por tal motivo, não há como negar, o instituto da Coisa Julgada (art. 5º, XXXVI, parte final, CF¹), faceta inarredável do Princípio da Segurança Jurídica, afigura-se, no sistema jurídico-processual contemporâneo, como ferramenta imprescindível à pacificação coletiva.

A coisa julgada caracteriza-se por tornar os comandos contidos na sentença imutáveis, evitando, assim, que se perpetue a insegurança jurídica, decorrente da incerteza gerada por um processo infundável, sempre passível de alteração. Contudo, em que pese sua importância, não se deve atribuir-lhe valor absoluto. Não pode a coisa julgada permanecer intocável em toda e qualquer situação. O professor Leonardo Greco afirma que “a segurança jurídica não é um direito absoluto, como absoluto não é nenhum outro direito fundamental, nem mesmo a vida, que pode ser sacrificada para salvar outra vida, por exemplo”².

Portanto, a garantia da coisa julgada, bem como o princípio da segurança jurídica, a exemplo de todos os demais direitos e garantias fundamentais, admite relativização - Princípio da Relatividade - . Essa mitigação do instituto se fará necessária sempre que, numa situação concreta, dois ou mais direitos ou bens constitucionalmente protegidos estejam em conflito, o que exigirá, como medida indispensável à solução, uma compatibilização das normas/princípios envolvidos, obtida a partir da relativização dos bens jurídicos em conflito, de maneira a harmonizá-los, sempre evitando o sacrifício total de qualquer deles. Essa técnica de hermenêutica, baseada na compatibilização e relativização dos direitos e garantias constitucionais, é o que Canotilho e Vital Moreira chamam de “Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização”³.

1 XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...].

2 GRECO, Leonardo. **Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior**. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15 de jan. 2008.

3 Apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 11.

A esse respeito, Alexandre de Moraes esclarece:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados na Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.⁴

Tratando de relativização da coisa julgada, o intrincado problema que se afigura é a busca de solução ao seguinte impasse: de um lado, deve ser estabelecido um sistema processual capaz de garantir a efetivação do Direito e da Justiça; de outro, há a necessidade de preservação da estabilidade das relações jurídicas, indispensável ao bom convívio social.

A solução para o problema encontra suas raízes, justamente, no pré-informado Princípio da Concordância Prática ou Harmonização, também conhecido no direito brasileiro como Princípio da Ponderação de Interesses.

No conflito entre segurança jurídica (coisa julgada) e Justiça (relativização da coisa julgada), caberá ao intérprete solucionar o impasse através da devida ponderação dos interesses envolvidos, harmonizando-os e identificando a relação de prevalência entre eles, sem, no entanto, excluir, por completo, qualquer deles.

No caso em espeque, não se pode negar a primazia da Justiça sobre a garantia da coisa julgada. Como ensina Eduardo Couture, “[...] quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”.⁵

⁴ MORAES, op. cit., p. 28.

⁵ COUTURE, Eduardo. **Mandamentos do Advogado**. Disponível em: < www.direitoemdebate.net>. Acesso em: 16 jan de 2008.

Não se pode olvidar que a segurança jurídica é um Princípio Geral do Direito, e como tal, deve se sobrepor às leis. No entanto, a tese da mitigação da coisa julgada também se funda em princípios do direito. Um deles é o Princípio da Justiça das Decisões, decorrente da garantia constitucional de acesso à prestação jurisdicional, prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Magna⁶.

O jurisdicionado possui o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado de acesso ao Judiciário, traduzido no Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, que pressupõe, registre-se, a prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e “justa”.

Pedro Lenza,⁷ nesse particular, esclarece que o Princípio da Inafastabilidade é chamado por alguns de princípio do “acesso à ordem jurídica justa” ou do “acesso à Justiça”, o que demonstra que o ideal de Justiça, além de ser um Princípio Geral do Direito e fundamento de existência da atividade jurisdicional, ainda encontra previsão expressa no próprio Texto Constitucional.

Além disso, há, ainda, como fundamentos justificadores da relativização, os Princípios da Cidadania e da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, II e III, CF⁸), sem prejuízo dos Princípios da Moralidade, Proporcionalidade e Legalidade, muitas vezes a exigirem, no caso concreto, a modificação do julgado.

Ora, a coisa julgada não é absoluta, logo, seus efeitos restam enfraquecidos diante desses princípios, em especial diante da exigência do justo, não havendo como, face ao ideal de Justiça que permeia a atividade jurisdicional, negar ao cidadão a possibilidade de correção de uma decisão errônea.

A Justiça é o princípio maior da Constituição e, com efeito, todos os demais princípios constitucionais cedem a ela. É inadmissível conviver num sistema processual em que uma decisão impregnada de carga lesiva não possa ser revertida. Nosso legislador, inclusive, reconhece isso, tanto é que previu, no ordenamento pátrio, hipóteses legais de relativização da coisa julgada, a exemplo da ação rescisória

⁶ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 9. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 540.

⁸ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana.

(art. 485 do CPC), da revisão criminal (art. 622 do CPP), da coisa julgada *secundum eventum litis* (art. 103 do CDC c/c art. 18 da Lei nº 7.347/85) e da impugnação à execução (art. 475-L do CPC). Entretanto, tais hipóteses, apesar de importantes, não esgotam todas as situações práticas a exigirem flexibilização, daí a necessidade do seu alargamento.

São inúmeros os casos em que se vê, em pólos contrapostos, o comando legal determinando seja respeitada a coisa julgada e uma injustiça patente, demonstrada por meio de prova irrefutável. Nessas ocasiões, a garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa repele a perenização de julgados manifestamente discrepantes com os ditames da Justiça.

Ademais, a eternização de comandos decisórios injustos afeta a própria credibilidade do Poder Judiciário. Quando os críticos à Teoria da Relativização falam em perda de credibilidade, no caso da desconstituição das sentenças definitivas prolatadas pelo Judiciário, o que se observa é exatamente o contrário, vez que descredificante não é a flexibilização ponderada e justificável da coisa julgada, mas sim ter conhecimento da existência de um julgado reconhecidamente injusto e negar à parte a oportunidade de reparação do equívoco.

Assim, conclui-se que a relativização da coisa julgada não faz brotar a insegurança jurídica. Pelo contrário, essa insegurança surge, justamente, do envilecimento da prestação jurisdicional, marcado pela eternização de decisões injustas. Nesse compasso, a conclusão a que se chega é que não é razoável perpetuar injustiças a pretexto de se impedir a eternização de incertezas.

Insta esclarecer que não se pugna aqui pela total desmoralização da coisa julgada, uma vez que, também no nosso entender, não se deve conceber a mudança freqüente e injustificada de sentenças definitivas, por qualquer motivo ou fato novo. Sem dúvidas, a irrestrita mitigação da coisa julgada pode gerar insegurança. Porém, não é o que se postula *in casu*. Não se deseja dotar de insignificância o princípio, mas sim harmonizá-lo com outros princípios que se entende serem de igual ou maior relevância.

A posição dos relativistas, apresentada é de uma consciente e equilibrada relativização da coisa julgada, cuja imutabilidade condiciona-se à compatibilidade com certos valores tão elevados quanto o da

definitividade das decisões. A proposta é de uma visão equilibrada e racional do instituto, manifestada pelo binômio Justiça-Segurança, sem excluir qualquer dessas garantias e, ao mesmo, tempo, harmonizando-as.

Ou seja, a relativização deve ser utilizada de maneira harmônica com os demais princípios constitucionais, inclusive com o próprio Princípio da Segurança Jurídica, aqui manifestado na garantia da Coisa Julgada. Está vedada a relativização desmedida e descontrolada. A flexibilização é a exceção, devendo ser utilizada apenas quando sua ocorrência seja imprescindível à garantia de um direito ainda maior: a Justiça.

Em suma, o que se busca é uma ponderada interpretação do art. 5º, XXXVI, parte final, da Carta Magna, cotejando-o e compatibilizando-o com a garantia fundamental do processo justo, por meio do emprego adequado das técnicas de hermenêutica constitucional, de modo a não se sacrificar valores jurídicos de primeira grandeza em favor de uma apologia desmedida à segurança jurídica.

Portanto, o segredo para se efetivar uma relativização da coisa julgada sem desencadear a insegurança jurídica está no Princípio da Concordância Prática. Há a necessidade da tão mencionada harmonização, cuja perfeição se atinge quando se consegue coordenar, proporcionalmente, a Segurança e a Justiça.

Nesse tirocínio, mostra-se clarividente que a flexibilização adequada do instituto da coisa julgada passa, necessariamente, pela aplicação correta das técnicas de hermenêutica e dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

GRECO, Leonardo. **Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior**. Disponível na internet em: < www.mundojuridico.adv.br.> Acesso em: 15 jan. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

COUTURE, Eduardo. **Mandamentos do Advogado**. Disponível em: <www.direitoemdebate.net.> Acesso em: 16 jan. 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 9. ed., Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Edições JUSPODIVM, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. I. 6. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

EDUCAÇÃO CORPORATIVA E OS SERVIDORES: A EXPERIÊNCIA DE PERNAMBUCO

*Renata de Queiroga e Melo Farias,
Advogada da União, Coordenadora da Escola da AGU
em Pernambuco no biênio 2005-2007,
Especialista em Direito Administrativo (UFPE).*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Panorama Encontrado; 3 A Meritocracia¹ como um Conceito de Gestão de Pessoas Aplicada à Educação Corporativa; 4 A Concepção do Treinamento para Servidores: Objetivos, Estratégias e Ações; 5 Novos Desafios; 6 Conclusões; 7 Referências.

¹ Obviamente, não é o objetivo aqui discutir acerca dos conceitos políticos, jurídicos, antropológicos ou sociais acerca do que é meritocracia. Apenas a constatação de que tal conceito vem sendo empregado na iniciativa privada como forma de valorização de pessoas. Há inclusive seminários sendo organizados para debater meritocracia nas empresas privadas. Aliás, na administração pública observa-se como exemplo a admissão por concurso público.

RESUMO: O objetivo desse trabalho é oferecer um instrumento de modernização do serviço público, através da gestão de capacitação, relatando as principais vertentes de atuação da representação estadual da Escola da AGU, especialmente no que pertine ao treinamento de servidores públicos da área-meio da AGU e sua importância e contribuição para o desenvolvimento dos trabalhos da atividade-fim. Baseado nas premissas da educação corporativa objetiva-se demonstrar a importância do treinamento de servidores administrativos como um valioso instrumento de valorização de pessoas, motivação, disseminação da cultura organizacional da AGU, capacitação técnica para assessoramento à atividade-fim. Em última análise, com o fomento e a realização das premissas da educação corporativa, espera-se que os passos perquiridos em Pernambuco sirvam de contribuição para o fortalecimento da Escola da AGU e da própria Advocacia-Geral da União.

PALAVRAS-CHAVE: Educação Corporativa. Escola da AGU. Meritocracia. Treinamento voltado para servidores da área administrativa.

1 INTRODUÇÃO

Cuida o presente trabalho da análise da atuação da ainda novel Escola da Advocacia-Geral da União e seu papel na educação corporativa para o treinamento de servidores administrativos no quadro da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região. Para tanto, serão abordadas as práticas levadas a efeito no que pertine à capacitação de servidores públicos da atividade-meio.

A importância do tema é posto quando se verifica a criação da Escola da Advocacia-Geral da União – Escola da AGU por meio do Ato Regimental nº 2, de 15 de agosto de 2005¹, em decorrência da transformação do Centro de Estudos Victor Nunes Leal, onde está previsto que suas atividades se desenvolvem em Brasília e nos demais estados.

Estabeleceram-se pois, as premissas necessárias para a educação corporativa e a atuação da Escola da AGU como uma Escola de Governo. Passou-se então a adotar um modelo de educação corporativa mais completo e global.

Nesse contexto, após a criação da Escola da AGU foi feita a nossa designação para exercício da coordenação estadual no âmbito da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região, por meio da Ordem de Serviço da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região, de 27 de setembro de 2005, publicada no Boletim Interno da AGU nº 45, de 30.09.2005.

Nesse passo, a decisão estratégica da estruturação e criação da Escola da Advocacia-Geral da União adveio exatamente como corolário do princípio da eficiência na administração pública e de comando expresso contido na Constituição Federal em seu artigo² 39, § 2º.

¹ Art. 3º A Escola da Advocacia-Geral da União, órgão direta e imediatamente subordinado ao Advogado-Geral da União, destina-se a ser um centro de captação e disseminação do conhecimento, voltado para o desempenho das atividades institucionais da Advocacia-Geral da União, assim entendida a instituição que, nos termos do art. 131, *caput*, da Constituição Federal representa a União, judicial e extrajudicialmente, diretamente ou através de órgão vinculado, cabendo-lhe, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

² Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.”

Assim, a Escola da AGU é hoje uma realidade inelutável, inobstante todos os obstáculos já transpostos, seja pelos seus dirigentes, seja pelos diretores estaduais, seja sob a ótica da falta de orçamento adequado e condizente com a sua importância. A criatividade, a intuição e a dedicação foram a saída mais viável até o presente momento.

O ponto nuclear está na necessidade constante de levar à reflexão os dirigentes, coordenadores e usuários da Escola da AGU acerca da importância da capacitação como um instrumento de valorização, motivação e aperfeiçoamento técnico do servidor, como essencial inclusive à atividade-fim e de seus membros das carreiras jurídicas, bem assim, de fortalecimento da própria Escola da AGU, como instrumento de educação corporativa sistemático, e, por conseguinte, em última análise, na condução dos preceitos constitucionais que regem a Advocacia-Geral da União. A ótica está em que um corpo técnico-operacional bem formado, capacitado, treinado e motivado irá oferecer maior substrato ao desenvolvimento da atividade-fim de qualquer instituição.

A metodologia utilizada neste estudo alberga a observação empírica tanto das necessidades inicialmente levantadas, como do desenvolvimento desse trabalho desenvolvido com seus reflexos no cotidiano. A aplicação de questionários aos servidores foi utilizada como forma de sentir o feedback das ações desenvolvidas, obter as conclusões, aferir o que deu certo etc.

Esse é, portanto, o quadro que se pretende delinear, bem como as estratégias adotadas para a concretização do mister institucional a que se propõe a Escola da AGU, seja para a atividade-fim, seja para a atividade-meio, ressaltando-se, entretanto que o enfoque a ser abordado será o do treinamento voltado para a atividade-meio, para que todos, sejam servidores ou membros da instituição, se beneficiem do paradigma que se implantou e, seja assim, um instrumento de consolidação e fortalecimento da educação corporativa.

2 PANORAMA ENCONTRADO

Desde o início da atuação, a representação estadual em Pernambuco se deparou com inúmeros pontos, dentre os quais pode-se citar a cumulação das atividades da Escola com as de representação judicial da União, a falta de estrutura da secretaria de apoio local, falta de local físico para representação local, falta de planejamento estratégico e coordenado, distância da gestão em Brasília, desconhecimento e

a descrença de servidores administrativos de que possuíam direito a participar dos treinamentos oferecidos ou patrocinados pela Escola.

Inobstante essas dificuldades, deve-se salientar que a então Diretoria da Escola em Brasília e, bem assim, a equipe de apoio da Escola da AGU ofereceram todo o apoio e incentivo necessários à condução e concretização dos trabalhos em Pernambuco. Um registro também à equipe local, tanto a que já estava trabalhando no Centro de Estudos, como as que se seguiram, que, com dedicação, motivação e entusiasmo, ajudaram a concretizar a missão que era desbravar e implantar a Escola no estado.

Além disso, constatou-se que, como Centro de Estudos, o direcionamento dos treinamentos era voltado exclusivamente para a atividade-fim. Inexistia qualquer ação voltada ao servidor.

Na medida do possível, o primeiro passo foi estabelecer um planejamento, ainda que não estritamente profissional, mas baseado em intuição, observação empírica, experiência adquirida quando da lotação no NAJ/PE e de alguns anos no contencioso da Procuradoria-Regional da União da 5^a Região, observação das relações interpessoais, carinho e dedicação. O desafio era estruturar e colocar em prática um processo sistemático de treinamento, de modo a criar uma gestão de capacitação, tanto para as carreiras jurídicas, como para a atividade-meio.

Assim, a idéia era fomentar e ampliar decisivamente as atividades voltadas aos membros das carreiras jurídicas, com cursos, palestras, workshops, participação em seminários, pós-graduação etc, de forma a sistematizar o treinamento voltado aos fins a que se destina a Advocacia-Geral da União. Entretanto, tal iniciativa isolada não se fazia completa, dada a inquietação quanto à ausência de qualquer atividade voltada ao servidor.

Desde o primeiro dia, aceito o encargo de conduzir os trabalhos, tal desafio posto foi considerado como uma missão e, desde já, seguiu-se um *brain storm*, em que, já nesse momento, veio a idéia de implantar a gestão de capacitação para a atividade-meio.

Exsurge daí a idéia de capacitar os servidores administrativos como uma forma de levar motivação, valorização, capacitação técnica, desenvolvimento de competências e posturas e, fundamentalmente, suprir uma lacuna, criar uma demanda inexistente, ao menos no âmbito da Procuradoria-Regional da União da 5^a Região, especialmente

quando se tinha em conta o atual contexto de desprestígio da carreira de servidores da AGU e, em especial, dos servidores no contexto local.

Aliás, esse era um dos objetivos encartados no ato normativo³ criador da EAGU:

Art. 4º A Escola da Advocacia-Geral da União tem como finalidade:

I - promover a atualização e o aperfeiçoamento técnico-profissional e a elevação do conhecimento dos servidores e dos membros das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União;

II - fomentar estudos e pesquisas direcionados ao desenvolvimento de novos métodos e técnicas de trabalho relativos à advocacia pública e à formação de identidade própria da Instituição;

III - valorizar e capacitar os servidores e os membros das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União para exercerem suas atribuições em consonância com os ideais do Estado, como forma de busca permanente do cumprimento de sua missão institucional;

IV - viabilizar a efetividade dos princípios que norteiam a atuação da advocacia pública; e

V - constituir-se em centro de referência na geração de idéias compatíveis com o modelo de advocacia pública tendente a minorar os conflitos entre administrados e administração.

Estavam lançados assim no Ato Regimental nº 2, de 15 de agosto de 2005 as premissas balizadoras dessa atuação. Somados a isso, tem-se o Decreto nº 5707, de 23 de fevereiro de 2006, que veio referendar a atuação nesse sentido.

Não se pode olvidar ainda que o plano de capacitação da AGU para a atividade-meio oferecia-se como uma fonte de inspiração para a consecução desse treinamento e como um instrumento dotado das mais variadas matizes em treinamento de pessoas, seja em aspectos de gestão de pessoas, liderança, motivação, seja em aspectos técnico-jurídicos.

Sob essa vertente, e tendo-se em conta que o processo de administração, seja público ou privado, está intimamente ligado à gestão

de pessoas, a Escola da AGU não descuidou disso e se empenhou, por meio de seu plano de capacitação, em desenvolver nos seus gestores, advogados, procuradores e servidores públicos, potencialidades de desenvolvimento.

Estavam lançadas todas as premissas. O desafio era apenas pôr em prática.

3 A MERITOCRACIA⁴ COMO UM CONCEITO DE GESTÃO DE PESSOAS APLICADA À EDUCAÇÃO CORPORATIVA

3.1 CONCEITO E APLICAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Atualmente observa-se nas empresas privadas uma tendência à valorização da meritocracia⁵, como um conceito de valorização de pessoas.

O termo engloba diversas áreas de atuação e a tendência é adotar práticas mais consistentes de promoções, avaliação, feedback, incentivos por parte dos chefes, treinamentos, como forma de fomento ao desenvolvimento de funcionários e, por conseguinte, valorização financeira e emocional.

Uma das vertentes da meritocracia é investir maciçamente em educação e, no caso específico, das organizações, sejam públicas ou privadas, em treinamento corporativo. Aliás, esse é um dos quesitos - Aprendizado e Desenvolvimento - que obteve maior pontuação das empresas avaliadas no Especial “150 Melhores Empresas Para Você Trabalhar”⁶, de 2007.

Isso significa que o mundo corporativo está cada vez mais voltado ao desenvolvimento intelectual de seus colaboradores. Eis porque a observação dessa inclinação do mercado, ainda que intuitivamente, inspirou a aplicação e importação desse conceito, no que pertine a

⁴ Obviamente, não é nosso objetivo discutir acerca dos conceitos políticos, jurídicos, antropológicos ou sociais acerca do que é meritocracia. Apenas a constatação de que tal conceito vem sendo empregado na iniciativa privada como forma de valorização de pessoas. Há inclusive seminários sendo organizados para debater meritocracia nas empresas privadas. Aliás, na administração pública observa-se como exemplo a admissão por concurso público.

⁵ Aliás, esse não é exclusivo para o âmbito das empresas privadas, haja vista que não é um conceito novo, pois “Meritocracia (do latim “mereo”, merecer, obter) é a forma de governo baseado no mérito. As posições hierárquicas são conquistadas, em tese, com base no merecimento, e há uma predominância de valores associados à educação e à competência.”Disponível em:<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Meritocracia>>. Acesso em: 24 set. 2007.

⁶ Mais Meritocracia. 150 Melhores Empresas Para Você Trabalhar. Edição Especial 2007 da Revista Você S/A e Exame. Editora Abril, São Paulo, p. 20.

treinamento, no âmbito das atribuições da representação estadual da Escola da AGU em Pernambuco.

Desde o início, o intuito era o de levar aos servidores públicos da Advocacia-Geral da União, lotados em Pernambuco, através do viés da educação corporativa, o fomento e as ferramentas necessárias ao seu aperfeiçoamento intelectual, profissional, pessoal e emocional, e como forma de motivação, incentivo e desenvolvimento de suas potencialidades.

Foi constatado posteriormente que os servidores se sentiram instigados por esse processo e demandavam cada vez mais na elaboração de novos projetos de treinamentos, nas mais variadas acepções, como forma de se desenvolverem mais e mais. Não apenas os servidores da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região, mas todos os servidores da AGU, lotados em Pernambuco⁷.

A consequência foi que o treinamento em Pernambuco se tornou acessível a todos - membros das carreiras jurídicas e servidores - e, por conseguinte, mais justo e efetivo.

3.2 APROVEITANDO OS TALENTOS DA CASA

Constata-se que a Advocacia-Geral da União possui em seus quadros profissionais mais que qualificados e com formação acadêmica ampla, sobretudo na área de conhecimento jurídico. Assim, o aproveitamento de talentos da casa é imprescindível, tanto no treinamento de seu corpo de membros das carreiras jurídicas, quanto no treinamento de servidores. Essa é hoje a grande tendência da educação corporativa.

Não que a contratação de empresas especializadas na área de treinamento, especialmente na área de gestão de pessoas, treinamentos motivacionais e até mesmo de ensino jurídico, não seja importante. Ao revés, revela-se mesmo como necessária nesse campo, seja como forma de oxigenar os conhecimentos internos, seja como fonte da qual não disponha a Advocacia-Geral da União nos seus quadros.

Mas a grande vantagem em se utilizar nos seus treinamentos o pessoal de que dispõe em sua estrutura, é que os seus próprios

⁷ A participação em cursos não foi apenas franqueada aos servidores da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região, pois, desde o início, foi estendido aos servidores do NAI/PE e da Procuradoria-Regional Federal da 5ª Região, sendo que, mais recentemente, foi estendido aos servidores da Procuradoria da Fazenda Nacional.

profissionais conhecem a cultura e as necessidades da instituição. Foi pautado por essa premissa que se resolveu convidar os Advogados da União, lotados na Procuradoria-Regional da União da 5ª Região, para ministrar os cursos aos servidores, bem como para proferir palestras sobre temas jurídicos variados.

Impõe-se uma observação decorrente das experiências adotadas em Pernambuco: dada a constatação de que muitos servidores não possuíam uma visão sistêmica acerca do papel da AGU, os talentos da casa, ao serem aproveitados para ministrar os próprios treinamentos da instituição, serviram de importante vetor de conscientização dos servidores acerca da importância política, estratégica, social e econômica da AGU para a sociedade e para a consecução de políticas públicas. Levaram os servidores a entender melhor a instituição da qual fazem parte.

Mais uma vez isso, por mais sem relação que possa parecer, aguçou a motivação, seja dos alunos-servidores, seja dos professores-advogados.

Mas não foi só. Os próprios Advogados que ministraram os cursos, também tiveram ganhos, segundo depoimentos dos próprios⁸. O feedback conquistado nessas aulas junto aos servidores mostrou-lhes a satisfação pessoal de colaborar com sua casa e demonstrar-lhes a importância de estudar a instituição da qual fazem parte, com ganhos inclusive para o seu crescimento enquanto ser humano.

Pode-se citar inúmeras outras vantagens nessa experiência, dentre as quais um estreitamento da relação advogado-servidor, desmistificando a figura do advogado. Houve ganhos no cotidiano, nas relações interpessoais e, sobretudo, na execução dos trabalhos das área-meio e fim.

O conhecimento jurídico de que dispunha os membros das carreiras jurídicas foi utilizado de forma racional não apenas para a

⁸ Veja-se o trecho do depoimento do Advogado da União, Marco Aurélio Peixoto, encaminhado por e-mail no dia 25.09.2007:

“Mais adiante, já no ano de 2007, fui convidado pela Direção Estadual da ESAGU para ministrar um curso de Processo Civil, matéria que leciono em instituições de ensino superior, dirigido aos servidores administrativos e estagiários da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região e dos demais órgãos da AGU em Pernambuco. A experiência foi por demais valiosa, tendo em vista a possibilidade de expor noções básicas aos servidores, de área tão relevante para o desempenho de suas atividades rotineiras. O ganho, certamente, foi muito positivo para a instituição, bem como também para mim, visto que pude constatar que compartilhar conhecimento e experiências com nossos servidores representa satisfação pessoal que não tem preço.” Marco Aurélio Peixoto

defesa da União em juízo, mas para formar servidores que necessitavam desse tipo de aprendizado para a consecução das suas tarefas.

Há ainda um desafio a ser transposto, qual seja, a conscientização de que a utilização dos membros das carreiras jurídicas para ministrar aulas, não se afigura como uma mera dispensa da distribuição de processos, mas como uma importante fonte de auto-investimento e de meritocracia com aqueles que se revelam disponíveis e com boa vontade para tal intento. Assim, a meritocracia deve também prevalecer na seleção desses profissionais que ministram os treinamentos, para que só os melhores e mais interessados sejam selecionados e para que tal não seja visto como forma de se desincumbir de suas atividades cotidianas, seja por parte dos demais colegas, seja por parte da chefia.

4 A CONCEPÇÃO DO TREINAMENTO PARA SERVIDORES: OBJETIVOS, ESTRATÉGIAS E AÇÕES

4.1 OBJETIVOS

De início, cumpre ressaltar que, no âmbito de Pernambuco, foram concretizados treinamentos visando as duas vertentes de atuação da EAGU, atividade-fim e atividade-meio, nos termos já explicitados. Entretanto, como objetivo deste trabalho é o relato das atividades desenvolvidas e direcionadas ao servidor, é sobre elas que irá ser discorrido.

A operacionalização desse tipo de instrumento de que dispõe a Administração encontra-se autorizada, como citado acima, nas balizas do Ato Regimental nº 2, de 15 de agosto de 2005 e, posteriormente no Decreto nº 5707, de 23 de fevereiro de 2006 e no Plano de Capacitação da Escola da AGU para a atividade-meio de 2005, 2006 e 2007.

A proposta era capacitar estrategicamente os profissionais que atuavam ou viriam a atuar nas áreas de desenvolvimento e gestão de pessoas, nas áreas de execução das atividades essenciais de apoio ao contencioso da Procuradoria, nas áreas de cálculos, nas atividades de secretaria, nas áreas de execução da administração, licitações e contratos, no assessoramento direto aos advogados, dentre outras, porém, sobretudo, no ser humano, como uma forma de melhoria de relacionamentos, de motivação, autoconfiança e valorização.

Não se pode conceber uma instituição verdadeiramente forte, sem que se reconheça e invista em todo o seu material humano. Isso faz parte

das mais modernas técnicas de gestão de pessoas e está assentado nas premissas da educação corporativa, que podem e devem ser aplicadas indistintamente no setor público ou privado.

Assim, os servidores administrativos da AGU são sim, a própria AGU e, como atividade-meio, são peça fundamental para o desenvolvimento regular e equilibrado das suas funções institucionais. Treiná-los constitui uma forma de autodescoberta dos próprios valores e de fomento à disseminação da cultura da Advocacia-Geral da União. Além disso, será uma importante e valiosa forma de conquistar o fortalecimento da Advocacia de Estado e da defesa do interesse público, perseguido pelos membros das carreiras jurídicas, tendo-se em conta que um corpo técnico bem capacitado irá oferecer substrato à atuação da atividade-fim. E mais: desenvolver competências de servidores públicos é vital para aumentar a capacidade da AGU e do governo na gestão das políticas públicas.

Tudo é uma engrenagem e deve funcionar em perfeita harmonia: a atividade-fim a que se propõe a AGU dependerá da capacitação técnica, motivação e engajamento de todos aqueles que dela fazem parte.

Era preciso ainda fazer com que os servidores entendessem a suma e vital importância do papel constitucional, político, social, econômico e na defesa dos interesses públicos que a AGU possui. Esse déficit era constatado em Pernambuco. Por esse motivo delineou-se o objetivo de fazer com que os servidores entendessem que o compromisso com a sua “casa” iria afetar decisivamente, na consecução dos fins previstos para a AGU, mas também, em última análise, a sua vida também enquanto cidadãos já que estão trabalhando em prol do interesse público e não apenas dos “advogados”, como se tinha em mente.

Um registro se faz necessário. Ao tentar iniciar o treinamento para servidores constatou-se o seu descrédito acerca do direito de participarem de cursos, tamanha era a sua desmotivação.

Importante ainda salientar a necessidade imperiosa, constatada em Pernambuco, de investimento no treinamento jurídico aos servidores, como forma de explicitar o que é um processo judicial, os prazos processuais e sua importância, os tipos de ações, de recursos etc, a ótica constitucional da AGU, os direitos e deveres dos servidores públicos dentre outros. Ou seja, noções de direito para servidores que trabalham manuseando autos judiciais, alimentando o Sicaú, elaborando

os cálculos no NECAP, retirando autos, interagindo com servidores do Poder Judiciário, arquivando peças processuais, na área de recursos humanos, revelou-se fundamental para o bom desenvolvimento dos trabalhos em cada área. Os próprios servidores dão esse *feedback* afirmando e reafirmando a importância.

Havia ainda a identificação da necessidade de investir especificamente na área motivacional e de melhoria de relacionamentos. Dentro dessa abordagem, constatou-se e identificou-se a necessidade a ser perquirida como estratégia de aprendizado voltada aos servidores no âmbito da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região: conceitos como liderança, relações de trabalho, gestão de pessoas, comunicação, trabalho em equipe e, fundamentalmente, conhecimento jurídico.

O objetivo era aprimorar a equipe, para que, atuando de forma ética, motivada e com conhecimentos técnicos, pudessem atingir um grau de comprometimento maior com a instituição e com a boa gestão da coisa pública.

4.2 DOS CURSOS ESPECÍFICOS

Em face do início dos trabalhos, tentou-se atuar em diversas vertentes, como as acima explicitadas. Nesse contexto, desde o início dos trabalhos, houve a definição de diversas estratégias, seja para a realização de cursos *in company*, moldados exclusivamente para o perfil da AGU, seja para possibilitar que os servidores participassem individualmente de cursos oferecidos no mercado sob o patrocínio da Escola da AGU, bem como nos casos em que Advogados da União ministrassem cursos aos servidores.

Mas, enquanto esses projetos não aconteciam, foi estabelecido paralelamente um contato com a Fundação Joaquim Nabuco que, em Pernambuco, possui convênio e é responsável por executar os cursos da Escola Nacional de Administração Pública - ENAP. A parceria foi firmada e a AGU no estado passou a receber convites para participação gratuita dos servidores administrativos em cursos sobre gestão de projetos, gestão por competências e capacitação, gestão de pessoas, melhoria da gerência pública, desenvolvimento de equipes, licitações, gestão de contratos, com resultados expressivos na consecução das tarefas cotidianas e na motivação do pessoal.

A outra vertente encontrada para a atuação foi o disseminação dos cursos e congressos oferecidos por empresas privadas e custeados

individualmente pela Escola. Assim, nesse particular, observa-se mais detidamente a incredulidade dos servidores quanto ao direito de participarem dos cursos, razão pela qual se fez a identificação do curso para posterior e necessária gestão direta e individualizada em cada servidor, cujo curso ou perfil se enquadrava acerca da demonstração de que havia a previsão e o direito assegurado quanto a isso, bem como com objetivos de incentivo e encorajamento para o preenchimento dos requerimentos de participação nos cursos.

Ultrapassada essa fase, e tendo sido aprovados os primeiros cursos, o que se constatou foi um interesse em massa por parte dos servidores para a participação nesse tipo de treinamento. Havia incontestavelmente uma demanda reprimida.

Diante do quadro esboçado, inúmeras oportunidades de cursos individuais foram conferidas aos servidores, dentre as quais pode-se salientar como deveras profícuas, sob qualquer ótica que se analise. Segue-se então um esboço de algumas experiências:

- a participação de servidores do RH em cursos sobre legislação de pessoal e de aposentadorias conferiu mais segurança, na medida em que possibilitou o melhor encaminhamento dos trabalhos, dos requerimentos administrativos, permitiu que os servidores da área orientassem os demais acerca do assunto, sistematizou, fundamentou e profissionalizou uma atividade que era feita de forma empírica e baseada na prática cotidiana;
- a participação de servidores do núcleo administrativo da PRU em cursos de gestão de contratos oxigenou o setor e trouxe mais valorização e reconhecimento ao trabalho. Possibilitou o melhor acompanhamento dos contratos, a fiscalização mais eficiente e por outro lado, a mais correta instrução de processos licitatórios e de dispensa de licitação;
- outro ponto que deve ser salientado como bastante profícuo é a participação de servidores do núcleo administrativo da PRU em cursos de gestão de almoxarifado. Houve uma profissionalização dessas áreas, onde se observou, por exemplo, os servidores aplicando à prática todas as técnicas de gestão e controle, organização de almoxarifado, já no dia seguinte ao fim do curso. Isso maximiza a utilização dos recursos e evita prejuízos com o armazenamento de materiais;
- a participação de diversos servidores em cursos de licitações e contratos administrativos levou-os a entender melhor o funcionamento da máquina administrativa e aplicar tais conceitos na prática, sobretudo para os servidores com atribuições intimamente ligadas a essa área, o

que induz à conclusão de que os procedimentos passaram a ser pautados pela legalidade, evitando questionamentos acerca da aplicação incorreta da legislação; e

- a participação de servidores em cursos de informática, de cursos de etiqueta profissional (este, gratuito), cursos jurídicos e cursos motivacionais e de relacionamento.

A outra vertente de treinamento foi a de realização de cursos in company, que se revelou a mais surpreendente de todas, sobretudo quando se tem em conta o momento particular que estavam insertos os servidores lotados na Procuradoria-Regional da União da 5ª Região.

Nesse particular, salienta-se que o primeiro curso a ser ministrado nas dependências da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região, sob a forma de turma fechada foi o Curso de Oratória, com duas turmas. No caso específico, foi facultada a participação de servidores, juntamente com Advogados e Procuradores e o resultado dessa experiência foi bastante positivo, sob quaisquer viés que se analise.

Deve-se consignar que o Curso de Oratória, ministrado pela empresa vencedora do certame, transmitiu técnicas de oratória e atingiu o seu objetivo com bastante eficácia e eficiência, mostrando aos participantes técnicas de falar em público em todas as ocasiões, seja para platéias pequenas, grandes, auditórios, reuniões, com técnicas de persuasão, de superação do medo, de gesticular, de falar ao microfone etc.

Mas não foi só. Graças à sensibilidade e vocação dos instrutores, o que se observou foi um momento de imputar autoconfiança aos participantes, transmitindo que é possível superar medos, inseguranças, não só no falar em público, mas em todas as ocasiões da vida profissional e pessoal. Como resultado, autoconfiança, superação, metamorfose mesmo. Isso trouxe muita motivação e empenho aos participantes, bem assim reflexos no cotidiano das pessoas que se sentiram motivadas e reconhecidas, mais empenhadas e mais solícitas. Aliás, esse foi o grande marco que fez decisivamente com que os servidores passassem a acreditar em definitivo que os cursos eram uma realidade voltada também para eles.

Outro ponto bastante profícuo na realização desse curso foi a participação conjunta de Advogados da União, Procuradores Federais e servidores. Sob o enfoque dos servidores, houve uma aproximação maior com os Advogados, desmistificando-os. Houve ainda a demonstração,

na prática, da importância da AGU e suas funções, porquanto muitos colegas da área-fim criaram discursos, nas aulas práticas, sobre o seu trabalho, as características da defesa da União em juízo e das atribuições do cargo, as técnicas de persuasão dos juízes, as técnicas de defesa da União, a importância e quais os tipos de causas que a Procuradoria-Regional da União da 5ª Região defende etc, bem como sobre a importância da Escola da AGU. Tudo isso se revelou bastante profícuo pois esclareceu as funções da AGU aos servidores, que não possuíam uma visão tão sistêmica acerca da instituição da qual fazem parte.

Sob o viés da ótica dos advogados, a aproximação com os servidores da área-meio foi fundamental para o seu trabalho e também porque os advogados puderam aprimorar a sua técnica de falar em público e aplicá-las nas tribunas e atividades jurídicas de uma forma geral.

No ano seguinte, foi repetido o Curso de Oratória, com a mesma formatação e igual sucesso.

A programação quanto aos cursos realizados *in company* albergou ainda o “Curso Fortalecimento e Desenvolvimento de Equipes”, realizado no final de 2006 em duas turmas de 30 pessoas. Nesse particular, o curso foi muito além de transmitir técnicas de relacionamento. Por ter sido ministrado por psicólogo organizacional, a experiência e sensibilidade ao aplicar as dinâmicas do treinamento foram de suma importância na reformulação dos valores, e, por conseguinte, na melhoria dos relacionamentos e dos resultados obtidos.

De início, houve uma grande resistência para a participação nesse treinamento, tendo inclusive a coordenação da Escola que entrar em campo para persuadir as pessoas à participação, chamando inclusive a si a responsabilidade disso e participando juntamente com os servidores do treinamento. Entretanto, mesmos os que “vieram só para ver como era” foram os que mais necessitavam e mais se beneficiaram com o treinamento, os que mais se transformaram.

Em outros setores, como o NECAP, houve a participação de quase 100% dos servidores ali lotados, o que foi essencialmente bom para aquele setor.

O que se passou durante as horas do treinamento foi uma verdadeira terapia de grupo, com realce dos valores individuais e qual a contribuição com que cada um podia ser responsável para melhoria das atitudes, mentalidade e envolvimento nos relacionamentos

interpessoais e na qualidade de seu trabalho, com ênfase à colaboração, proatividade e responsabilidade na construção de relacionamentos e execução de tarefas, induzindo à reflexão das posturas individuais e seus reflexos, bons ou ruins no ambiente de trabalho, algo que era realmente imprescindível no ambiente à época, sendo que ao final as pessoas estavam realmente emocionadas e agradecidas pela oportunidade. De fato foi algo indescritível.

Sua essência pode ser traduzida na metamorfose observada nos relacionamentos, seja entre servidores, seja entre servidores e advogados, onde servidores passaram a adotar atitudes mais cordatas e mais felizes. A instituição ganhou, todos ganharam, pois investir no capital humano é a grande saída em termos de gestão de pessoas e o grande desafio da educação corporativa. Ora, o desenvolvimento de talentos humanos para se atingir os fins institucionais deve perpassar pela ótica do equilíbrio do ser humano e dos seus relacionamentos existentes na instituição.

O sucesso do referido curso ecoou de forma tão positiva que foi necessário realizar no ano seguinte mais uma turma para os demais servidores que não tiveram oportunidade de participar.

Há ainda outros cursos previstos e já aprovados, dentro dessa abordagem, como, por exemplo, o curso de Português, elaborado sob uma formatação dinâmica e com enfoque prático, que servirá certamente a dois fins: atualização e capacitação dos servidores em aplicar as regras de português e cunho motivacional. O sucesso já se vislumbra quando se constata inúmeros servidores perguntando quando será realizado e como fazer para reservar vaga.

Devem-se ainda citar outros treinamentos, que infelizmente não foram concretizados, para o fim de registro de que num futuro próximo, dada a sua importância, sejam levados a efeito. Assim, por exemplo, o Curso para Secretárias e Assessores no Serviço Público porquanto, por questões legais e burocráticas não foram aprovados. Cite-se também o curso de Pós-graduação em Perícia Judicial para o NECAP - Núcleo de Cálculos e Perícias - que também não foi aprovado por problemas com a regularidade da empresa, mas que seria de suma importância e utilidade para um setor tão estratégico na defesa da União, uma vez que iria suprir uma lacuna na abordagem das perícias judiciais, podendo inclusive os servidores do setor vir a ser assistentes técnicos da União.

Por fim, imperioso mencionar a experiência de treinamento para servidores tendo como instrutores-professores os próprios membros da instituição.

Como citado em capítulo específico, o objetivo era aproximar os servidores do corpo jurídico da instituição e fazê-los compreender melhor as relações interpessoais e a dinâmica de funcionamento da instituição AGU.

Sob esse enfoque, foi constatado logo no início uma necessidade premente de organização de uma turma para a realização de um “Curso de Noções de Processo Civil”, ministrado pelo colega, Advogado da União e professor, Marco Aurélio Peixoto, haja vista a natureza das atribuições das funções desenvolvidas pela Procuradoria-Regional da União da 5ª Região.

Nesse contexto, exemplificativamente, há os servidores que atuam junto ao Poder Judiciário retirando autos, solicitando informações e certidões, os que auxiliam os advogados na elaboração de Ofícios e Memorandos jurídicos, os que trabalham no NECAP, os que assessoram os Advogados na elaboração de peças processuais, na triagem e distribuição dos processos, na implantação no Sicaud dos dados e estatísticas processuais, no arquivo de peças processuais etc.

A todos, em comum, se afigurava imperioso a detenção de conhecimentos acerca do que era um processo judicial, suas fases, os atos processuais, os sujeitos processuais, a importância e aplicação dos prazos processuais, espécies de decisões, de recursos, de ações, tudo para a boa consecução das tarefas. Além disso, aproveitou-se a oportunidade para se incluir no programa do curso, noções acerca da importância da AGU, da importância que cada processo possui para o interesse público, para a economia que isso pode representar aos cofres públicos e das tarefas desenvolvidas pelos Advogados e Procuradores.

O resultado não poderia ter sido melhor. Os servidores ofereceram como resposta maior motivação, maior empatia aos advogados, seja nos relacionamentos interpessoais, seja porque, na medida em que compreenderam a enorme carga de responsabilidade que paira sob suas atividades, a responsabilidade para com os prazos processuais aumentou, bem como a execução das tarefas e, seguramente, porque compreenderam o papel imprescindível que a AGU desempenha na sociedade.

Verificou-se por depoimentos dos próprios servidores que eles passaram a ter maior segurança no desempenho das tarefas, pois passaram a deter conhecimentos sobre Processo Civil que só haviam tido contato na prática e, mesmo assim, sem a exata noção das razões e dos porquês processuais e da justiça, fazendo com que o conhecimento se completasse em um só: teoria e prática. Tudo confluuiu então para agregar mais motivação ao grupo.

Um outro treinamento bastante profícuo foi a realização do “Curso de Direito Constitucional” para servidores, ministrado pela Advogada da União e Professora, Flávia Santiago, com abordagem acerca da Separação dos Poderes na Constituição de 1988 e as características dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Funções Essenciais à Justiça, com especial atenção aos princípios gerais que regem a Administração Pública, diretamente aplicáveis à atividade cotidiana dos servidores públicos federais bem assim, com intuito de oferecer uma introdução à configuração constitucional da Administração Pública e da Advocacia-Geral da União, demonstrando o seu *status* e relevo.

Os resultados mais uma vez foram deveras proveitosos com a consolidação dos conceitos acerca das noções de direito constitucional, o conhecimento acerca da estrutura do Poder Judiciário, imprescindíveis à execução das tarefas da atividade-meio no contencioso, o conhecimento sobre os princípios da administração pública, seus reflexos nos atos administrativos e no cotidiano dos servidores e, fundamentalmente, as noções acerca da Advocacia-Geral da União. Mais uma vez, revelou-se também como importante vetor de motivação.

O planejamento para as futuras ações na área engloba a realização de um curso de “Noções de Direito Administrativo e Ética para Servidores” e “Noções de Processo Administrativo Geral e Disciplinar”, bem como um “*Workshop* de Integração para Estagiários - Uma abordagem sobre a Advocacia-Geral da União”.

Assim, essas foram as principais atividades realizadas pela Escola da AGU em Pernambuco, cujos objetivos almejados são, em última análise, contribuir para o desenvolvimento do capital humano da Advocacia-Geral da União, com vistas à consolidação da Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal e a concretização dos objetivos da educação corporativa de uma forma global nos moldes a que se propõe a Escola da AGU. Decerto esse foi apenas o começo, há consciência de que muito mais deve ser feito e executado.

Esse trabalho foi concebido e está voltado ao desafio de fazer com que cada servidor público possa colaborar para a consecução de uma gestão pública ética, transparente, participativa, descentralizada, voltada e orientada ao cidadão e aos fins a que se destina a instituição da qual fazem parte: a Advocacia-Geral da União.

5 NOVOS DESAFIOS

5.1 QUANTO À PROFISSIONALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DA ESCOLA E DAS REPRESENTAÇÕES ESTADUAIS

Sabe-se que a capacitação de pessoas é apenas uma das vertentes do complexo conceito de gestão de pessoas. Assim, se é essa a vertente que cabe à Escola da AGU, ela deve ser explorada à exaustão sob qualquer enfoque e em todas as áreas do conhecimento aplicadas à instituição. Foi precisamente isso que se tentou concretizar em Pernambuco.

Contudo, para que tudo seja explorado ao máximo nas atividades de capacitação, é necessário que se profissionalizem os dirigentes das unidades da Escola da AGU e, além disso, que tenham essa visão de treinamento global e corporativo, atuando sistematicamente nas duas frentes de treinamento: atividade-fim e atividade-meio.

Revela-se destarte imperioso investir nos dirigentes e coordenadores estaduais da EAGU para que participem de cursos de gestão de pessoas e planejamento estratégico, cursos de chefia e liderança, de desenvolvimento de equipes, cursos de formação de multiplicadores, a participação em cursos e seminários sobre educação corporativa⁹ e meritocracia, para que tudo seja feito não mais na base do conhecimento empírico e da intuição. Esse será indubitavelmente o ponto de partida da profissionalização das atividades da Escola da AGU.

Esses cursos devem ser estendidos também aos Procuradores-chefes, Coordenadores de NAJ e demais Membros da AGU que chefiem e liderem pessoas, bem como aos chefes de setores administrativos e gestores da Advocacia-Geral da União, especialmente para que os coordenadores das unidades estaduais da Escola da AGU possam adotar e concretizar um planejamento estratégico voltado a consolidar os fins da educação corporativa, bem como para que os chefes tenham a exata noção da importância do fomento ao investimento no capital humano da instituição. Some-se a isso, a importância de desmistificar

⁹ A esse respeito, o próprio governo federal mantém um portal na Internet acerca da educação corporativa, do qual fazem parte empresas públicas e privadas e órgãos públicos, que oferecem artigos sobre o tema, atualidades, bem como cursos, fóruns e seminários: <<http://www.educor.desenvolvimento.gov.br>>.

a falsa noção que alguns Chefes detém que participação em curso é “falta ao trabalho”, “passeio” etc. Ao revés, é investimento com retorno garantido.

Um outro ponto que toca e que deve ser considerado é quanto à dedicação exclusiva dos coordenadores estaduais da Escola da AGU. Sabe-se que esse é de fato o grande desafio, mormente em face das unidades do contencioso que carecem de membros para a consecução do seu mister. Todavia, esse deve ser o modelo a ser perquirido num futuro próximo, com vistas a profissionalização das atividades da Escola nos estados.

Não pode ser olvidado ainda as reuniões periódicas entre a gestão de Brasília e as coordenações estaduais, bem assim, no âmbito dos estados das representações de cada unidade – Procuradorias da União, Procuradorias da Fazenda Nacional, NAJs e Procuradorias Federais, de modo a se ter gestões articuladas com total troca de experiências.

É importante ainda buscar investimento na estruturação das coordenações locais, como em auditórios, salas de videoconferência, recursos audiovisuais, laboratórios de informática, material didático, quadros etc.

Outra vertente bastante promissora é a realização de cursos para toda uma região, seja na área-fim, seja na área-meio. Isso, indubitavelmente, será profícuo, seja sob a ótica da integração, seja sob a ótica de formação de uma mentalidade uníssona na instituição.

Assim, atuando sob o influxo do planejamento estratégico e coordenado ter-se-á a formação de uma mentalidade única entre todos os que coordenam as atividades da Escola da AGU e, indubitavelmente, os resultados serão muito mais relevante e eficazes.

5.2 QUANTO À CONCEPÇÃO E CONSECUÇÃO DE NOVOS TREINAMENTOS PARA SERVIDORES ADMINISTRATIVOS

Quando as mais modernas teorias e, sobretudo, as práticas acerca da gestão da educação corporativa ditam que é preciso investir maciçamente em treinamento em todos os níveis da organização, a experiência adotada em Pernambuco, ainda que insipiente, permitiu demonstrar como foi frutífero o investimento em treinamento para servidores da área-meio da AGU. Porém, tal ainda está apenas no

começo, pois além de dar continuidade aos projetos já executados, outros devem ser acrescidos.

Com isso, vislumbraram-se ainda outras necessidades que ainda não foram levadas a efeito, seja porque não houve tempo, seja porque elas foram concebidas com o decorrer dos trabalhos. Fica assim, a sugestão de implementação.

Nesse ínterim, vários espectros se descortinaram, dentre os quais, são citados a seguir e que podem muito bem ser ampliados para que não só se realizem cursos nas unidades locais, mas que sejam organizados cursos de âmbito nacional. Citam-se assim, apenas alguns deles a título exemplificativo.

Constatou-se que, por ser uma área estritamente técnica, o Núcleo de Cálculos e Perícias - NECAP - necessita de investimentos maciços não só em contabilidade, matemática financeira, atualização financeira e cálculos judiciais, mas é necessário fomentar e desenvolver uma das suas áreas de atribuição que são essenciais para a instituição, qual seja, a área de perícias, posto que, ao menos no âmbito de Pernambuco, tal atribuição, sobretudo quando extrapola o conhecimento acerca de cálculos e atualizações financeiras, é praticamente inexistente.

Há no mercado cursos técnicos de formação de peritos judiciais em diversas áreas que seriam bastante profícuos para os integrantes desse estratégico setor. Aqui, registre-se que houve a tentativa de contratação de uma Pós-graduação em Perícia Judicial, mas por questões alheias a vontade – falta de regularidade da instituição que oferecia o curso - restou infrutífera.

A biblioteca é outro setor que possui uma demanda técnica e a necessidade de profissionalização dos que a gerenciam, especialmente quando se tem em conta que, atualmente, a sua gestão está afeta à Escola da AGU¹⁰.

Houve, bem antes disso, a sugestão por parte da representação em Pernambuco da EAGU, de levar a profissionalização da biblioteca a efeito. Assim, tentou-se identificar, sem sucesso, cursos no estado de noções de biblioteconomia, bem como tentou-se estabelecer contato com bibliotecas de várias universidades para que as servidoras fizessem uma espécie de “curso-estágio” naquelas instituições, mas tal não prosperou porquanto os sistemas plenamente informatizados daquelas instituições eram incompatíveis com o utilizado pela

10 Portaria 1130, de 11.09.2007, do Advogado-Geral da União.

biblioteca da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região. Por fim, houve a tentativa de contato com a biblioteca central da AGU, mas devido a distância, tal não logrou êxito. Fica portanto, a sugestão de organização de cursos de noções de biblioteconomia, talvez até ministrados pelos próprios gestores da biblioteca central ou por algum servidor do quadro, que possua curso de biblioteconomia e funcione como multiplicador desse conhecimento.

O setor de Arquivo igualmente carece de orientação profissional acerca de noções de arquivo e arquivística, legislação pertinente manuseio de papéis com vistas ao manuseio, conservação, arquivo e tramitação, sobretudo dos dossiês judiciais. Como são poucos os servidores em cada unidade, a idéia é que devam participar de cursos oferecidos pelo mercado. Seria útil também a realização de um curso de âmbito nacional da sede da EAGU.

Outros cursos que devem necessariamente ser fomentados são os jurídicos para os servidores. Nesse sentido, pode-se repetir os cursos de noções de processo civil e de constitucional. Pode-se ampliar esses cursos para a criação e formatação de um curso de noções de processo trabalhista, outro de direito administrativo, outro de noções de processo administrativo, um de ética e regime disciplinar dos servidores, mas, sobretudo, e, fundamentalmente, a criação de cursos que explicitem quais os objetivos da AGU para o fomento da cultura da AGU também nos servidores.

Visando formar quadros superiores da administração pública que exerçam atividades de elevadas complexidade e responsabilidade, importa ser mencionada a importância quanto ao oferecimento de cursos de Pós-Graduação para servidores administrativos em cada área específica, tais como de gestão pública, de licitação e contratos, de perícia judicial, de direito para aqueles que trabalham assessorando as atividades judiciais, informática, recursos humanos, secretariado dentre outros.

Ultrapassada essa fase inicial, deve-se ainda evoluir de modo a buscar cursos de Master of Business Administration - MBA e mestrados, sobretudo os profissionalizantes.

Toda essa abordagem deve albergar tanto as competências que poderiam ser instrumentais, quais sejam, as que oferecem apoio para a execução das tarefas cotidianas, como arquivo, tramitação de documentos, informática, português, atividades de secretariado, recursos humanos,

motivação, engenharia etc, mas também ligadas à atividade-fim, como noções de direito, cálculos, contabilidade, perícias, estatística, gestão pública e, sobretudo, as que estão ligadas ao disseminamento da cultura da AGU - missão, visão, objetivos e valores institucionais.

6 CONCLUSÕES

A ordem atual demonstra que a educação não é privilégio dos meios acadêmicos, nem tampouco deva mais ficar restrita aos seus estritos limites. Assim, a educação corporativa é hoje uma realidade e a tônica das grandes organizações: o compromisso com a gestão de conhecimento e o investimento em educação continuada como um instrumento de gestão de pessoas com foco nas suas próprias estratégias, valores e missões.

O que se observa é que a consciência e a necessidade, bem como a constatação da existência de treinamento voltado para a área jurídica e para os membros das carreiras jurídicas é algo consolidado e inarredável: palestras, cursos de atualizações, seminários nacionais, pós-graduação, Revista Jurídica para publicação de produção científica de seus membros etc. É indubitavelmente um entendimento consolidado, tanto sob a ótica da necessidade, quanto sob o enfoque da existência, inobstante também ser corrente, quanto a este último ponto, que ainda há espaço para ser ampliado, de modo a se consolidar e tornar-se mais e mais eficaz.

Pautado por essas premissas, a Escola da AGU atingirá o seu intento de instituição voltada ao fomento da educação corporativa, e de Escola de Governo, que se direciona para ações voltadas tanto ao seu corpo das carreiras jurídicas – Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Assistentes Jurídicos - como também àqueles servidores que os assessoram direta ou indiretamente e aos que executam atividades administrativas.

Entretanto, a fim de que se alcance a concepção plena de Escola de Governo, a Escola da AGU deve se sentir constantemente desafiada a investir na elaboração e concepção de cursos, seminários nacionais, publicações específicas para os servidores de uma maneira geral, concursos de idéias inovadoras (tanto para a área jurídica, quanto para a área de gestão) e para a área de gestão pública.

Assim concebida, a Escola da AGU funcionará como um valioso instrumento de modernização do serviço público e, para tanto, deverá

estar apta a desenvolver plenamente o potencial humano que possui, através do fomento à criatividade, do investimento em motivação, qualidade de vida e investimento em suas próprias competências técnicas e específicas, pois, democratizando o conhecimento, estará apta a aperfeiçoar a performance organizacional e contribuir para o fortalecimento de sua imagem.

É de bom alvitre ainda que nesse processo haja uma valorização dos membros das carreiras jurídicas atuando como educadores, uma vez que eles podem ser os melhores vetores de disseminamento da cultura institucional.

O apoio irrestrito da alta administração será fundamental na consecução desse mister. Uma instituição que possui em sua estrutura uma Escola própria, concebida como centro de aprendizagem e de disseminação de seu conhecimento e ainda com objetivos explícitos de se autodesenvolver, voltada a treinar seu corpo jurídico e técnico, deve se sentir privilegiada. São poucas as instituições e organizações, mesmo na iniciativa privada, que podem ter um instrumento tão exclusivo.

Sob esse enfoque é imprescindível que se saiba tirar o máximo de proveito de sua existência e se tornar mais eficaz na consecução de seus misteres.

Conclui-se portanto, que a experimentação adotada em Pernambuco conflui e sinaliza para que se invista sistematicamente no treinamento para servidores. Se no início, tudo foi feito de forma intuitiva e empírica, hoje, passados dois anos de atuação, houve a consolidação dessas experiências e a certeza de que tal deve ser abordado de forma sistemática e em todos os níveis de atuação da Escola da AGU. Consolidou-se o conhecimento e a importância do treinamento e capacitação dos servidores.

Destarte, pode-se investir em ações concatenadas de modo a incluir a capacitação em relações interpessoais, gestão organizacional, gestão institucional, investimento em conhecimentos jurídicos e técnicos, com vistas a auxiliar os seus membros das carreiras jurídicas na consecução desses fins e na tomada de decisões mais abalizadas.

Indubitavelmente, esses investimentos descortinam-se em formas de melhoria da gestão da AGU e suas unidades, de modo a proporcionar aos dirigentes estatais decisões mais bem fundamentadas e abalizadas, sobretudo na consecução de políticas públicas, bem assim, será

imprescindível instrumento de melhoria das atividades de contencioso e consultivo, na medida em que os servidores estarão melhor capacitados e motivados para a consecução de suas tarefas. Isso imporá reflexos externos inclusive na questão do marketing corporativo.

Atuando assim, a Escola da AGU estará alinhada às mais modernas balizas da educação corporativa e será importante instrumento de consecução dos objetivos institucionais da Advocacia-Geral da União.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Plano Operacional e Plano de Investimentos 2007**. Coordenação Geral de Recursos de Tecnologia e Informação. Advocacia-Geral da União: Brasília, 2007. Mimeografado.

BRASIL. **Plano Operacional e Plano de Investimentos 2006**. Coordenação Geral de Recursos de Tecnologia e Informação. Advocacia-Geral da União: Brasília, 2006. Mimeografado.

BRASIL. O Futuro da Indústria: Educação Corporativa – Reflexões e Práticas - Coletânea de Artigos, Série Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior – 13, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC. Instituto Euvaldo Lodi – IEL/Núcleo Central: Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.educor.desenvolvimento.gov.br/arq_IVoficina/Educacao%20Corporativa_reflexoesepraticas.pdf>. Acesso em: 12 set. 2007.

GUEDES, Jefferson Carús. Escola da Advocacia Geral da União: **Propostas para o Desenvolvimento Educacional Institucional**. Escola da Advocacia-Geral da União. Advocacia-Geral da União: Brasília. 2007.

SILVA, Deborah Ribeiro. **Educação Corporativa**. Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado Centro Universitário Álvares Penteado – UniFECAP Disponível em: <http://www.fecap.br/Portal/Arquivos/Graduacao_Rev_Estudante_On_Line/Educacao_Corporativa_Deborah_Ribeiro_Silva.pdf>. Acesso em: 12 set. 2007.

SÚMULA VINCULANTE

*Grace Maria Fernandes Mendonça,
Secretária-Geral de Contencioso.*

Saudando a iniciativa da Escola da AGU de destinar um espaço permanente em sua Revista para a divulgação da jurisprudência dos Tribunais, gostaria, neste primeiro momento, de destacar duas decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que culminaram na edição de súmulas vinculantes.

O primeiro caso refere-se ao Recurso Extraordinário (RE) nº 434.059, interposto pela União junto ao STF contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que anulou a demissão de uma agente administrativa do INSS, sob o fundamento de que não teriam sido respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. O acórdão do STJ determinava que a acusada fosse representada por um advogado.

Na sessão do dia 07.05.2008, a Suprema Corte acolheu, por unanimidade, os argumentos apresentados pela União no sentido da não-obrigatoriedade de defesa técnica realizada por advogado em Processos Administrativos Disciplinares (PADs), já que a Lei nº 8.112/90 faculta que o próprio servidor realize sua defesa.

Também de forma unânime, foi aprovado texto de súmula vinculante sobre a matéria, nos seguintes termos:

Súmula Vinculante nº 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

É salutar que se destaque, ainda, a primeira decisão proferida pelo Excelso Pretório num processo com repercussão geral. Trata-se do RE nº 570.177, interposto por um militar contra a União para a equiparação do soldo ao salário mínimo, sob o argumento de que os recrutas – prestadores do serviço militar inicial obrigatório – estariam enquadrados no conceito de trabalhadores, contido no artigo 7º da Constituição Federal.

Em 30.04.2008, a Corte Suprema, por unanimidade, acolheu os argumentos apresentados pela União e declarou a constitucionalidade da não-vinculação do soldo dos recrutas das Forças Armadas ao salário mínimo, já que não se trata de relação de emprego, mas sim de obrigação legal.

Da mesma forma, foi aprovado texto de súmula vinculante sobre o assunto, verbis:

Súmula Vinculante nº 6: “Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial”.

Os enunciados acima foram publicados no Diário Oficial da União, em 16.05.2008, e passaram então a vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública. Assim, eventual descumprimento de seu teor, poderá ser questionado junto ao STF através de reclamação.

PARECER¹

“ANISTIADOS DO GOVERNO COLLOR”

*Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior,
Consultor-Geral da União.*

¹ Este parecer foi reduzido em sua extensão por questões de política editorial. Entretanto, o parecer está disponível na íntegra na Revista Virtual da AGU, na página eletrônica da Escola da AGU

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCESSO N° 00400.000843/2007-88

Interessado : Associação Nacional dos Membros das Carreiras da AGU - ANAJUR

Assunto: Anistiados do Governo Collor

(*) Parecer n° JT — 01

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER CGU/AGU N° 01/2007 - RVJ, de 27, de novembro de 2007, da lavra do Consultor-Geral da União, Dr. RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA JUNIOR, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 28 de dezembro de 2007.

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

Advogado-Geral da União

(*) A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em, 28-XII-2007”.

DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Aprovo os termos do Parecer do Consultor-Geral da União no 1/2007, acrescentando as seguintes considerações, que passam a balizar a forma de aplicação do referido parecer, bem como passam a ser os parâmetros de análise e interpretação da hipótese “*motivação política devidamente comprovada*”, no âmbito da CEI e de suas subcomissões:

I) Por primeiro, há de se ler em conta que uma Lei de Anistia como a ora analisada tem POR NATUREZA a REPARAÇÃO DE UMA INJUSTIÇA e não a concessão de uma graça ou perdão.

Ou seja, NÃO SE TRATA de uma boa vontade ou de UM FAVOR feito pelo Estado, mas sim do RECONHECIMENTO DE UM ERRO, DE UMA INJUSTIÇA PRATICADA.

Agregue-se a este elemento reparador o fato de o Estado brasileiro (sem aqui querer julgar este ou aquele governo, este ou aquele órgão, este ou aquele gestor, mas simplesmente reconhecer um fato grave) não

solucionar os requerimentos a ele apresentados pelos que se intitulam beneficiários da referida Lei de Anistia aqui tratada. Lei esta que data do ano de 1994.

Tal demora impõe aos requerentes, principalmente àqueles que atendem aos requisitos da Lei e detêm o direito de ser reintegrados **UMA NOVA INJUSTIÇA**.

Tudo isso é agravado pelo fato de se tratar, como dito no parecer, de um direito humano basilar e que afeta não só o destinatário do direito, mas toda a sua família.

Basta destacar que aquele que teve um filho quando do ato de demissão posteriormente anistiado pela Lei em comento, terá este filho hoje cerca de 15 a 17 anos de idade.

Por tudo isso, DETERMINO no presente despacho — desde já e para evitar novas provocações de manifestação por parte desta AGU sobre eventuais dúvidas na leitura e ou aplicação do presente parecer a casos concretos — **QUE EVETUAIS DUVIDAS SOBRE A APLICAÇÃO DO PARECER SEJAM RESOLVIDAS EM FAVOR DOS BENEFICIARIOS DA ANISTIA**. Ou seja., que se aplique o principio, mutatis mutandis, “in dubio, pró-anistia”.

II) O segundo ponto que destaco, agora para divergir em parte do parecer (no sentido exatamente de dar a interpretação mais favorável aos destinatários da norma) é a abordagem feita sobre o dispositivo que trata da concessão da anistia em caso da “motivação política devidamente comprovada”.

Entendo que a referida hipótese, contida no inciso III, do art 1º, da Lei de Anistia, contempla hipótese autônoma, diversa das outras, de fundamento de ofensa à Lei, seja a Constitucional, seja a ordinária, sejam as cláusulas de acordo ou convenção coletiva de trabalho (“leis” entre as partes).

Bem por isso, entendo que o parecer não pode limitar a leitura do que seja “motivação política” ao arcabouço jurídico pátrio vigente, ou a abuso ou desvio de poder por parte da autoridade que praticou os atos depois objeto de anistia.

A uma, porque nada está na lei por acaso. E se a “motivação política” tivesse de ser buscada no âmbito do descumprimento das normas

existentes, não seria necessário o inciso próprio que trata dela. Bastariam aqueles que tratam da ofensa ao ordenamento jurídico vigente.

A duas, porque sendo autônoma a hipótese e não sendo ela decorrente do arcabouço jurídico pré-existente, só pode ser ela entendida no sentido de que a Lei reconheceu que houve atos de desligamentos fundados em ação persecutória de natureza ideológica, política e ou partidária, independente do ato ter sido LEGAL OU NÃO. Ou seja, mesmo o ato LEGAL de desligamento pode ser objeto de anistia, uma vez comprovada a “motivação política” para a sua prática.

Repito na hipótese: mesmo que o ato do desligamento tenha tido suporte na legislação pátria e convencional, não se sustentará, desde que eivado de natureza de perseguição ideológica ou política ou partidária.

Evidente que isso deve de ser comprovado pelo requerente da anistia, não bastando mera alegação, para cumprir-se o que a própria Lei impôs: “motivação política devidamente comprovada”.

Por sua vez, na análise e julgamento deste fundamento, o Poder Executivo, através da CEI, E O EXCLUSIVO JUIZ DESTE JULGAMENTO.

Quero dizer, se determinado ato ou fato for entendido como motivação política pelo órgão competente, no âmbito do Poder Executivo, como DETERMINADO PELA LEI, e não sendo motivação política elemento encontrável e definido na legislação, NÃO COMPETE AO PODER JUDICIARIO E OU AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE COMO O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO OU A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO REVER O MÉRITO DESSE JULGAMENTO.

Mérito sobre conveniência política ou o que seja motivação política é exclusivo do órgão a que a Lei deferiu tal análise, observadas as balizas postas no parecer sob análise e, evidente, na própria Lei de Anistia e nos seus regulamentos.

Podem os órgãos de controle e o Poder Judiciário verificar os aspectos de ordem formal; por exemplo, se a demissão se deu dentro do prazo a que a lei deferiu as anistias; se não houve justa causa ou outra causa para a demissão, desligamento etc.

Por consequência, não compete às consultorias Jurídicas dos Ministérios, em especial a CONJUR do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e mesmo a própria AGU ou o próprio Advogado-

Geral da União opinar, avaliar ou decidir sobre o que seja ou não seja em cada caso concreto “motivação política”.

Mas ponho-me de acordo com o Parecer no sentido de que não se pode considerar “motivação política”, em abstrato, a própria política global de Estado mínimo, então legitimada pelas umas com a eleição de Collor.

Isso porque, pela Lei de Anistia, só os atos concretos, individualizados, que comprovadamente mostrem que a demissão foi persecutória, por motivo de ordem política, podem ser considerados para a hipótese do referido inciso III.

Assim, avanço neste ponto em relação ao parecer para fixar que “motivação política devidamente comprovada” é requisito de julgamento exclusivo — NO SEU MERITO — da própria administração pública (poder político propriamente dito), não se submetendo a sua análise às premissas legais, MAS SIM A PREMISSAS E PROVAS DE ORDEM POLÍTICA, IDEOLÓGICA E PARTIDÁRIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS.

III) Por último, destaco que as autoridades julgadoras dos pedidos de anistia poderão deferi-la, desde que presentes os requisitos da Lei da Anistia, mesmo quando o fundamento do pedido formulado for diverso daquele que embasa a decisão do órgão julgador do pedido.

Isso porque o julgador não se vincula aos fundamentos expostos no requerimento do interessado, mas sim ao seu pedido e às provas produzidas nos autos.

IV) Com estas observações adoto na íntegra a análise, as conclusões, bem como os encaminhamentos sugeridos no Parecer do Consultor-Geral da União n° 1/2 007.

Brasília, 28 de novembro de 2007.

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI
Advogado-Geral da União

Parecer CGU/AGU N° 01/2007 - RVJ

PROCESSO: 00400.000843/2007-88

INTERESSADO: Associação Nacional dos Membros das Carreiras da AGU
- ANAJUR

ASSUNTO: ANISTIADOS DO GOVERNO COLLOR

Senhor Advogado-Geral da União,

I

Antecedentes e contextualização histórico-política da matéria

- 1 Trata-se de matéria referente à anistia dos servidores e empregados públicos demitidos, exonerados ou dispensados à época do Governo Collor e que têm enfrentado verdadeira via crucis em sua tentativa de retorno à administração pública federal.
- 2 A Associação Nacional dos Membros das Carreiras da Advocacia-Geral da União – ANAJUR formulou, por intermédio do Ofício n° 43/2007 – ANAJUR, de 19.04.2007, às fls. 01, pedido de reconsideração da Nota DECOR/CGU/AGU N° 76/2006 – MMV, proferida nos autos do Processo n° 00400.000575/2005-32, pleiteando a preservação dos associados que indica – assistentes jurídicos reintegrados à administração federal – no quadro suplementar da AGU.
3. A partir desse pedido específico, decidiu a AGU proceder à ampla revisão e atualização da matéria, em face de sua complexidade, relevância e transcendência.
4. Determino, inicialmente, a apensação ao processo em epígrafe do processo n° 00400.000575/2005-32, em cujo âmbito se deu a elaboração da NOTA DECOR/CGU/AGU N° 76/2006 – MMV, aprovada pelo Despacho n° 1.202/2006 do então Consultor-Geral da União, e, posteriormente, por Despacho do Advogado-Geral da União à época, datado de 23 de janeiro de 2007, que lhe conferiu os efeitos dos incisos X e XI do art. 4° da Lei Complementar n° 73, de 1993, pelo fato de o processo ora sob análise conter pedido

de reformulação da citada NOTA DECOR.

- 5 Determino, ainda, a apensação dos processos de nº 00400.001821/2001-40, 00400.001925/2001-54, 5000.086868/2004-07, 00400.000817/2005-98, 00400.002324/2005-92, 00400.001210/2006-14, 00400.000749/2007-29, 00410.001233/2007-82, 00400.005213/2007-08, 00400.005980/2007-17 e 00400.006024/2007-44 em tramitação na Advocacia-Geral da União, por absoluta identidade temática.
- 6 A relevância da matéria é inequívoca. Diz respeito à vida profissional de milhares de servidores e empregados públicos. Os números são imprecisos, porém, são eloqüentes para atestar a necessidade de o Governo Federal posicionar-se claramente sobre a situação.
- 7 Na verdade, diversas foram as manifestações do Governo Federal ao longo dos últimos treze anos.
- 8 Decretos, Portarias, Instruções Normativas, Orientações Normativas, Pareceres da Advocacia-Geral da União, entre diversos outros normativos foram editados por inúmeros órgãos e entidades buscando a perfeita exegese da norma de regência – Lei nº 8.878, de 1994 – e a densificação dos dispositivos constitucionais relacionados à matéria.
- 9 As balizas constitucionais dizem, de um lado, com o direito ao trabalho, à dignidade humana, à proteção contra a despedida arbitrária e ao respeito aos princípios que norteiam a administração pública, especialmente os princípios da legalidade, da moralidade pública e o preceito que pugna pelo provimento de cargos por concurso público, e, de outro, dizem respeito à capacidade de auto-organização do Poder Executivo, consectário do princípio da independência e harmonia dos Poderes.
- 10 Antes de adentrar a análise dos aspectos jurídico-constitucionais que envolvem a matéria, fundamental é contextualizar o momento histórico em que se originou.
- 11 Há dezessete anos tomava posse o primeiro Presidente da República eleito democraticamente pelo voto direto da população, após cerca de vinte e um anos de regime autoritário.
- 12 O país chegava a março de 1990, absolutamente dividido e polarizado politicamente.
- 13 As circunstâncias que envolveram o segundo turno das eleições presidenciais irradiaram seus efeitos para o período pós-eleitoral.

- 14 O acirramento de ânimos entre os seguidores do então candidato Luiz Inácio Lula da Silva - abrangendo o Partido dos Trabalhadores, os sindicatos, incluindo as representações de servidores públicos, e os movimentos sociais - e as forças políticas e econômicas simpáticas ao candidato vitorioso, Fernando Collor de Mello, repercutiu nas ações de governo.
- 15 Somente pode-se entender tal movimento pelo fato de os servidores públicos e empregados de empresas estatais, bem como suas entidades sindicais representativas serem, àquele período e em sua maioria, simpáticas ao candidato derrotado do Partido dos Trabalhadores nas eleições de 1989.
- 16 A suposta incapacidade do Governo que se instalava em separar fatos de campanha de atos de Governo teria sido o fundamento para adoção de medidas que, em tese, afastaram-se das balizas constitucionais e legais.
- 17 Essa é a única conclusão possível a que se pode chegar para entender o porquê de, ao final do Governo Collor, causado por sua renúncia em face da instalação de processo de impeachment no Congresso Nacional, seu sucessor constitucional, o então Vice Presidente Itamar Franco, ter decidido encaminhar ao Congresso Nacional texto de medida provisória que objetivava “anistiar” os servidores públicos e empregados de empresas estatais que tivessem sido afastados de seus cargos e empregos, com violação ao ordenamento jurídico-constitucional ou por motivação política.
- 18 Registre-se que o texto da medida provisória foi encaminhado após o então Presidente da República ter vetado projeto de lei aprovado no Congresso Nacional sobre a matéria.
- 19 Faz-se importante reproduzir, neste momento, trechos da Exposição de Motivos Conjunta nº 135/MF/SAF/SEPLAN/PR, de 12.04.1994, que encaminhou a Medida Provisória nº 473, de 1993, ao Congresso Nacional, posteriormente aprovada e transformada na Lei nº 8.878, de 1994.
- 20 É esclarecedor o trecho que afirma:

3. Convém ressaltar o Parecer do Relator do projeto de lei nº 4.233/93, Deputado Nilson Gibson, na parte referente à observância da legalidade e dos que lhe são correlatos (Art. 37,

da CF), dentre os quais o da finalidade e o da motivação imposta ao agente público, onde discorre sobre a ausência de motivação documentada nos atos de demissão dos servidores que se propõe com esta medida a anistia às suas demissões. (grifo nosso)

- 21 Parte-se, assim, da premissa, confirmada historicamente e reconhecida pela medida provisória transformada em Lei, que perseguições e desmandos houve naquele período, daí a necessidade que se impôs ao Estado brasileiro de reparar o mal feito.
- 22 No entanto, não é razoável supor que todos os movimentos dos gestores públicos à época foram pautados pela intenção de atingir servidores ou grupo de servidores específicos.
23. Por mais que se possa divergir ideológica e politicamente de determinada orientação que, transplantada do campo eleitoral para o campo de ação do Governo, converte-se em políticas públicas, não há como retirar legitimidade daquelas iniciativas que não foram tismadas por inconstitucionalidades, ilegalidades ou por motivação política.
24. Explica-se. Havia uma concepção minimalista de Estado à época do Governo Collor, uma proposta de ação governamental que transferia do Governo para setores privados a responsabilidade pela atuação em várias áreas, especialmente na área econômica.
- 25 Ricardo Antunes bem delineava a sintonia do Plano Collor com a orientação econômica predominante no cenário internacional à época:¹

O seu sentido essencial, muitos já o disseram, é dar um novo salto para a modernidade capitalista. Um 'neojuscelinismo' mesclado com o ideário do pós-1964, contextualizado para os anos de 1990. É o acentuar do modelo produtor para exportação, competitivo ante as economias avançadas, o que supõe a franquia da nossa produção aos capitais monopólicos externos. Tudo em clara integração com o ideário neoliberal. A privatização do Estado preenche outro requisito imprescindível desse ideário. Os procedimentos para a obtenção deste telos seguem, em dose única, o essencial do receituário do Fundo Monetário Internacional (FMI): o enxugamento

¹ ANTUNES, Ricardo. Collor e a aventura bonapartista (publicado originalmente no jornal Gazeta Mercantil, em 04.07.1990). A desertificação neoliberal no Brasil (Collor, FHC e Lula). 2ª edição. São Paulo: Autores Associados, 2005, p.9-10

da liquidez, o quadro recessivo decorrente, a redução do déficit público, a “modernização” (privatista) do Estado, o estímulo às exportações e, é claro, a prática do arrocho salarial, secularmente utilizada em nosso país. É um desenho econômico nitidamente neoliberal. O “intervencionismo exacerbado” presente no Plano e que desagradou aos setores mais à direita lembra a última medida necessária para uma lógica de um Estado que se quer todo privatizado. É a simbiose entre a proposição política autocrática e a essencialidade de fundo neoliberal. O caso chileno, entre muitos outros, mostra que não há nenhuma incompatibilidade entre estes planos.

26 Elucidadora é a análise dos cem primeiros dias do Governo Collor em pesquisa empreendida por Castanhar², que, ainda em agosto de 1990, escreveu:

É interessante notar que a análise dos resultados obtidos por subamostras revela que o percentual de pessoas que informaram cortes acima de 200 pessoas é consideravelmente mais alto na Administração Indireta (61,3%) e na Área Econômica (72,2%). [...] *A explicação mais plausível parece estar relacionada à extinção de um número significativo de empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e autarquias, que são órgãos da administração indireta e, em geral, tratam de atividades classificadas na Área Econômica.* [...] *E qual é, se existe, a filosofia da atual Reforma Administrativa? Ao contrário de reformas anteriores esta não foi precedida por estudos e discussões mais abrangentes, envolvendo diagnósticos da situação existente, definição de princípios norteadores da Reforma, o detalhamento de medidas a serem adotadas e o planejamento de sua implementação. A atual Reforma, como já foi mencionado, foi concebida e detalhada por um grupo restrito de assessores da equipe do Governo, e implementada, pelo menos no início, através de medidas provisórias, ou mesmo por atos administrativos internos, como no caso das medidas visando a redução de pessoal. A filosofia da atual Reforma deve ser buscada, então, nos enunciados políticos de natureza geral*

2 CASTANHAR, José Cezar. 100 dias do Governo Collor: avaliação da Reforma Administrativa (documento de pesquisa). Cadernos EBAP n° 54. Rio de Janeiro: FGV/EBAP, agosto de 1990, p.25 e 29.

do Chefe de Governo e de sua equipe. *Neste sentido, parece correto afirmar que os propósitos fundamentais da Reforma em andamento podem ser assim sintetizados: modernização do Estado e melhora da eficiência da máquina governamental, principalmente através de uma política de administração de recursos humanos mais austera.* (grifo nosso)

- 27 Em sua pesquisa, Castanhar afirma que os resultados da dimensão qualitativa da “reforma administrativa” empreendida, entendidos como as iniciativas de desburocratização, desregulamentação, melhoria na qualidade gerencial e nos mecanismos de coordenação interorganizacional e de políticas públicas eram, naquele momento, muito tímidos³.
- 28 Ao contrário, os aspectos quantitativos apresentavam resultados expressivos. Evidências desse resultado eram as medidas de redução, extinção e fusão de órgãos, dispensa de pessoal e de “enxugamento” da máquina.
- 29 Conclui, afirmando a necessidade, à época, de ser conferida maior ênfase às medidas qualitativas:

Dessa forma, e tendo em vista o anunciado propósito da Reforma Administrativa de promover mudanças estruturais que resultem na efetiva modernização do setor público, o Governo deveria concentrar sua atenção e energia para impulsionar e dinamizar as medidas nessa direção, bem como efetuar correções que permitam eliminar, ou pelo menos minimizar, distorções provocadas nesta primeira etapa da reforma, que podem levar a resultados opostos aos desejados.

- 30 Análises posteriores reforçaram as tendências detectadas por Castanhar e reafirmaram que as medidas adotadas no campo administrativo visavam dar conseqüência a uma concepção de Estado.
- 31 Olavo Brasil de Lima Junior, doutor em Ciência Política pela Universidade de Michigan, argumenta:⁴

Já a reestruturação pretendida pelo Governo Collor se inseria no contexto da modernização do Estado, tratando de privilegiar o ajuste econômico, a desregulamentação, a desestatização e a abertura da economia. A

3 Idem, *ibid.*, p.57.

4 LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. Revista do Serviço Público, ano 49, nº 2. Brasília: ENAP, abr-jun 1998, p.17.

desregulamentação e a desestatização, como se recorda, são princípios que já constavam da pauta da reforma administrativa desde o final dos anos 60, enquanto o ajuste econômico e a abertura comercial se constituíam em dimensões novas a serem perseguidas pelo Governo.

32 A combinação de uma concepção de Estado, que de certa forma seguia uma agenda internacional do final dos anos 80 e início dos anos 90, com a ausência de um planejamento efetivo e prévio à adoção das medidas, especialmente no campo administrativo, gerou resultados desastrosos.

33 Afirma Olavo Lima Jr.:⁵

A reforma Collor, naquilo que efetivamente se materializou, é vista por um arguto analista como “desmobilização de ativos”: ‘Além da desestruturação de setores inteiros da Administração Federal, esta reforma não deixou resultados perenes, quer em termos de cultura reformistas, quer em termos de metodologias, técnicas ou processos. Sequer um diagnóstico consistente pode ser elaborado a partir de sua intervenção, pois em nenhum momento o voluntarismo que a marcou permitiu que a abordagem do ambiente e administrativo se desse de maneira científica’ (Santos, 1997:49).

34 Esses elementos de análise são importantes para a constatação que, se de um lado havia clara confrontação política e perseguições nascidas desse embate, de outro, havia o voluntarismo, o despreparo e a adoção de falsas premissas que geraram efeitos nocivos à administração pública federal, a partir de uma concepção de Estado que estava em voga.

35 Um desses efeitos é a situação dos servidores e empregados afastados do serviço público à época e que até hoje buscam o retorno.

36 Importa considerar um outro aspecto que parece essencial à contextualização da análise a ser empreendida das demissões em massa que ocorreram e que são o fundamento de toda essa discussão, qual seja, a receptividade de parte da sociedade brasileira às medidas adotadas.

37 Para Luciano Martins:⁶

Reunindo as indicações disponíveis talvez se pudesse afirmar que o projeto Collor, em suas linhas-mestras,

5 id.,ibid.

6 MARTINS, Luciano. A autonomia política do Governo Collor. In: FARO, Clóvis de (org.). Plano Collor: Avaliações e perspectivas. São Paulo: LTC, 1990, p.23.

consistiria numa ampla abertura da economia brasileira à economia internacional com o abandono de qualquer veleidade de construir um capitalismo nacional; *na desmontagem do Estado-empresário e sua substituição, no papel de gerenciador da economia, por um governo fortalecido no seu sistema decisório (mais Governo e menos Estado, chegou a declarar Collor)*; na eliminação de barreiras protecionistas e recursos semelhantes percebidos como entraves ao livre jogo do mercado. E, no limite, nos passos iniciais para alguma forma de integração ao bloco geoeconômico que se está constituindo no eixo Estados Unidos – Canadá - México. Uma forma radical, digamos assim, mas não muito distante, do que o PSDB chamou de choque capitalista. *O que mostra existir na sociedade uma certa predisposição para mudanças nessas direções, embora não necessariamente nesses exatos termos.* (grifo nosso)

- 38 Decisões de governo e atos de gestão houve que não tiveram a intenção de perseguir e alcançar determinado grupo de servidores e empregados. Representavam a internalização de medidas adotadas em outros países de viés neoliberal, veiculadas repetidamente por parcela significativa de políticos, governantes, empresários, mídia e academia.
- 39 Essas decisões de governo expressavam o sentimento de parte significativa da população e foram precariamente adotadas; desprovidas de diagnóstico e planejamento prévios.
- 40 Há, então, que se distinguir claramente entre afastamentos (demissões, exonerações ou dispensas) imotivadas, inconstitucionais e ilegais, daquelas outras que se originaram das opções político-administrativas e de suas conseqüências sobre as relações do Estado com seus servidores e empregados.
- 41 Daí a importância das balizas postas pela Lei nº 8.878, de 1994, que impõem ao intérprete bastante cuidado para que injustiças – de parte a parte – não sejam cometidas.
- 42 Em diversas oportunidades ao longo dos últimos dezessete anos, a AGU foi instada a se manifestar sobre o assunto. Produziu diversos pareceres, notas e informações que serviram para balizar a atuação dos órgãos do Governo.
- 43 Após a posse de V^a Ex^a, Sr. Advogado-Geral da União, firmou-

se compromisso com os órgãos de Governo envolvidos e com as representações dos servidores e empregados públicos que pretendem a anistia, que a AGU: a) indicaria representante para integrar e participar ativamente dos trabalhos da Comissão Especial e Interministerial - CEI⁷ ; b) constituiria, a despeito da limitação de seus quadros funcionais, grupo de apoio ao trabalho da representante da AGU na CEI; c) elaboraria ato normativo que possibilitasse a movimentação de contingente amplo de advogados públicos para análise, quando necessário, de demanda excessiva de trabalho na área consultiva, como, p.ex., no caso de suporte a eventual análise dos pedidos de anistia; d) promoveria, por fim, a revisão de todas as suas manifestações exaradas ao longo dessa turbulenta história, atualizando seu entendimento sobre a matéria, levando em consideração a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial concernente à matéria.

- 44 Os três primeiros compromissos já foram cumpridos, remanesce, contudo, aquele de maior complexidade que diz com a fixação da interpretação dos pontos controversos e lacunosos ainda existentes na legislação de regência.
- 45 Essa é a tarefa empreendida pela NOTA AGU/CGU/DECOR Nº 193/2007 – SFT, de autoria do Advogado da União e Coordenador-Geral do DECOR, Dr. Sérgio Eduardo de Freitas Tapety, de 11 de junho de 2007, e pelo presente parecer.
- 46 Espera-se dessas manifestações, Sr. Advogado-Geral, a fixação da interpretação da legislação de regência, naquilo que resta a ser interpretado, a ser seguida uniformemente pela administração pública federal, em respeito aos contornos constitucionais e jurídicos da matéria.
- 47 Registre-se, por fim, que o presente parecer levou em consideração o vasto acervo documental produzido ao longo desses dezessete anos, que compreende a legislação, as diversas decisões judiciais de todas as instâncias, a doutrina, as manifestações da Advocacia-Geral da União, as manifestações de diversos órgãos e entidades da administração pública federal, as manifestações das diversas comissões que apreciaram pedidos de anistia, as manifestações de representantes dos servidores e empregados públicos demitidos ou exonerados e as matérias publicadas na mídia impressa[...]⁸

7 A Comissão Especial Interministerial – CEI foi instituída pelo art. 1º do Decreto nº 5.115, de 2004, e tem como principal atribuição promover a “revisão dos atos administrativos praticados pelas comissões criadas pelos Decretos nºs 1.498 e 1.499, de 24 de maio de 1995, e 3.363, de 11 de fevereiro de 2000, referentes a processos de anistia de que trata a Lei nº 8.878, de 1994”.

8 O texto aqui foi recortado por questões editoriais.

IV

CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

- 528 Concluo o presente parecer, Sr. Advogado-Geral da União, reiterando ter sido o principal objetivo deste parecer proceder à mais abrangente e à mais justa abordagem possível sobre tão candente tema, de modo a uniformizar não só o entendimento da AGU sobre a questão, como orientar a atuação dos diversos órgãos da administração pública federal que lidam diretamente com a matéria.
- 529 Nesse esforço de abrangência e síntese, foi exposto inicialmente o contexto histórico-político em que se inseriu o Governo Collor e analisados os fundamentos das medidas adotadas.
- 530 Na segunda parte, foram postas as balizas constitucionais que delimitam o debate, enfatizando-se a proteção conferida pelo texto constitucional ao trabalho como um dos principais fundamentos da dignidade humana.
- 531 Na terceira parte do parecer, foram apreciados todos os dispositivos da Lei nº 8.878, de 1994, e dos principais decretos que a regulamentaram, consolidando-se o entendimento da AGU sobre a matéria.
- 532 Nessa etapa, além do recurso a fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legais, procedeu-se a levantamento dos aspectos relevantes das diversas manifestações formais da Advocacia-Geral da União sobre a matéria ao longo do tempo.
- 533 O conjunto dos aspectos analisados permitiu que se chegasse a algumas conclusões e recomendações, que se aplicam aos casos submetidos ao campo de incidência da Lei nº 8.878, de 1994, e dos decretos que a regulamentaram.
- 534 Nesse sentido, acolho parcialmente o disposto na NOTA AGU/CGU/DECOR Nº 193/2007 – SFT, de autoria do Advogado da União e Coordenador-Geral do DECOR, Dr. Sérgio Eduardo de Freitas Tapety, de 11 de junho de 2007, nos termos do presente parecer e de suas conclusões e recomendações.
- 535 Passo a expor as conclusões e recomendações:

A) CONCLUSÕES

- 1 Compete à AGU, em última análise, por ser o órgão superior de assessoramento jurídico do Presidente da República, fixar

- a interpretação das normas no âmbito do Poder Executivo. Prevalece, assim, no âmbito da administração pública federal, o entendimento acolhido pelo Advogado-Geral da União, ainda que sem a aprovação do Exmº Sr. Presidente da República, no que concerne à precisa fixação da interpretação das leis (incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993).
- 2 Eventuais divergências jurídicas entre o órgão central do Sistema de Pessoal Civil – SIPEC e a Advocacia-Geral da União resolvem-se em favor dessa última (incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993, c/c o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 7.923, de 1989, e Parecer AGU nº GQ-46, de 1994).
 - 3 A Lei nº 8.878, de 1994, aplica-se aos servidores da administração direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, ocupantes de cargos efetivos e empregos permanentes na administração pública federal (art. 1º, caput, da Lei nº 8.878, de 1994).
 - 4 O período das demissões, exonerações e dispensas é o compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992. Qualquer afastamento em período diferente ao estabelecido expressamente no texto da Lei não dará ensejo à concessão da anistia (art. 1º, caput, da Lei nº 8.878, de 1994).
 - 5 O prazo decadencial de cinco anos para que a administração anule seus atos que gerem efeitos favoráveis aos destinatários conta-se a partir da publicação da Lei nº 9.784, vale dizer, 1º.02.99 (art. 1º, caput, da Lei nº 8.878, de 1994).
 - 6 De uma forma geral, no caso de concessão da anistia, presume-se a legalidade e legitimidade do ato administrativo e a boa-fé do servidor por ele atingido. Trata-se da aplicação do critério da prevalência ou da relevância dos princípios da boa-fé do servidor e da segurança jurídica sobre os demais princípios do regime jurídico administrativo (art. 1º, caput, da Lei nº 8.878, de 1994).
 - 7 A eventual anulação de anistias decorre do exercício do poder-dever de auto-tutela da administração pública no sentido de zelar pela legalidade dos seus atos, sendo obrigatória sua atuação quando identifica vícios, respeitado o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999, observados os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa quando seja desconstituída a

- eficácia de ato administrativo que repercute no âmbito dos interesses individuais dos servidores (art. 1º, caput, da Lei nº 8.878, de 1994).
- 8 Será restabelecida a condição de anistiado do servidor público se o afastamento tiver ocorrido com violação de preceito constitucional e legal (art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.878, de 1994).
 - 9 Será restabelecida a condição de anistiado do empregado de empresa pública e de sociedade de economia mista se o afastamento tiver ocorrido com violação de dispositivo constitucional, legal, de sentença normativa ou de cláusulas de acordo ou de convenção coletiva de trabalho (art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.878, de 1994).
 - 10 Há necessidade de, no âmbito da Lei de Anistia, as despedidas de empregados públicos serem motivadas, caso contrário, estará caracterizada violação ao texto constitucional e à legislação trabalhista, fazendo incidir o inciso II do art. 1º da Lei nº 8.878, de 1994, o que torna os empregados públicos que foram despedidos imotivadamente, arbitrariamente ou sem justa causa, passíveis de terem suas anistias reconhecidas (art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.878, de 1994, c/c art. 7º, I e art. 37 caput da CF).
 - 11 O texto constitucional não permite que a relação de emprego, mesmo nas empresas privadas, seja desprotegida contra a despedida arbitrária, por força da interpretação que se deve conferir ao inciso I do art. 7º da Constituição Federal, direito social fundamental que é. Ainda que se lograsse compreender a relação de emprego como absolutamente desprotegida para o setor privado e assim justificar a despedida sem justa causa, tal regra não poderia se aplicar as estatais. São inúmeras e graves as limitações e restrições impostas às estatais que o recurso ao inciso II do § 1º do art. 173 da CF torna-se incapaz de equipará-las, de forma plena, às empresas privadas, no que concerne às obrigações trabalhistas (art. 1º, inciso II da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o inciso I do art. 7º, art. 37, caput, e incisos II, XVII, XIX, XX, XXI e § 1º do art. 173, todos da CF).
 - 12 A necessidade de motivação das despedidas nas estatais é muito mais consentânea com o seu regime jurídico, cujo vértice encontra-se nos princípios estatuídos no caput do art. 37 da CF, do que a adoção pura e simples do disposto na legislação trabalhista (art. 1º, inciso II da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o inciso I do art. 7º, art.

- 37, *caput*, e incisos II, XVII, XIX, XX, XXI e § 1º do art. 173, todos da CF).
- 13 A interpretação que se fixa no sentido da adequada motivação dos afastamentos dos empregados públicos, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, restringe-se ao campo de incidência da Lei nº 8.878, de 1994. Tal orientação não tem o condão de alterar atos praticados anteriormente na administração pública federal fora do escopo dessa Lei (art. 1º, inciso II da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o inciso I do art. 7º, art. 37, *caput*, e incisos II, XVII, XIX, XX, XXI e § 1º do art. 173, todos da CF).
 - 14 A autonomia de todos os entes federados, plasmada no *caput* do art. 18 da CF, possui como corolário a prerrogativa de auto-organização. O Chefe do Poder Executivo Federal tem a competência de dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal (art. 1º, inciso III, da Lei nº 8.878, de 1994).
 - 15 A “máquina estatal” deve ser compatível e adequada à implementação das políticas públicas desenhadas a partir das propostas e promessas formuladas ainda na campanha eleitoral. A nenhum Chefe do Poder Executivo pode ser, legítima e constitucionalmente, negada tal prerrogativa. (art. 1º, inciso III, da Lei nº 8.878, de 1994).
 - 16 Nada há de inconstitucional, ilegal ou irregular, no âmbito conceitual, nos afastamentos de servidores e empregados decorrentes da criação, extinção ou transformação de órgãos ou entidades da administração pública (art. 1º, inciso III, da Lei nº 8.878, de 1994).
 - 17 No caso de as supostas razões de conveniência da administração estarem tisanadas por revanchismo ou espírito de punição, devidamente comprovados, caracterizado estará o desvio de poder que dá ensejo à incidência da anistia de que trata a Lei nº 8.878, de 1994 (art. 1º, inciso III, da Lei nº 8.878, de 1994).
 18. Demonstrado que certa medida integrante de política de reforma administrativa - ou qualquer outra denominação que se empreste à iniciativa de determinado Governo em readequar sua organização e funcionamento - foi adotada com fim diverso do declarado, com o claro intuito de perseguição político-ideológica, ou partidária, caracterizando, assim, o desvio de poder, devidamente comprovado,

- poder-se-á demonstrar a motivação política de que trata o inciso III do art. 1º da Lei (art. 1º, inciso III, da Lei nº 8.878, de 1994).
- 19 As exonerações ou dispensas decorrentes desse movimento de acomodação de estruturas administrativas não dariam, em tese, ensejo à anistia de que cuida esta Lei, evidenciado, logicamente, como afirmado alhures, que o rearranjo da máquina pública não tenha sido implementado com violações à Constituição Federal e às leis, ou com motivação política de modo a atingir determinado servidor ou empregado, segmento ou grupo de servidores ou empregados públicos (art. 1º, inciso III, da Lei nº 8.878, de 1994).
- 20 A Lei se aplica aos servidores titulares de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente, à época da exoneração, demissão ou dispensa. Excluem-se necessariamente do espectro desta Lei aqueles que ocupavam, à época do afastamento, cargos em comissão ou temporários (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.878, de 1994 c/c o art. 4º-A do Decreto nº 5.115, de 2004, acrescido pelo art. 1º do Decreto nº 5.954, de 2006).
- 21 Não se aplica aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado que tenham sido contratadas mediante convênio, posto que tal modalidade de recrutamento não gera vínculo com a União (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.878, de 1994 c/c o art. 4º-A do Decreto nº 5.115, de 2004, acrescido pelo art. 1º do Decreto nº 5.954, de 2006).
- 22 Também não se aplica a presente Lei aos titulares de Função de Assessoramento Superior – FAS, visto que, demissíveis ad nutum, eram cargos que possuíam vínculos precários e transitórios com a administração pública (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.878, de 1994 c/c o art. 4º-A do Decreto nº 5.115, de 2004, acrescido pelo art. 1º do Decreto nº 5.954, de 2006).
- 23 Não será restabelecida a condição de anistiado daqueles que tiveram anistias canceladas, em face da ocorrência de afastamentos decorrentes de processos administrativos ou judiciais com trânsito em julgado (art. 1º da Lei nº 8.878, de 1994 c/c o art. 4º-A do Decreto nº 5.115, de 2004, acrescido pelo art. 1º do Decreto nº 5.954, de 2006).
- 24 Não será restabelecida a condição de anistiado daqueles que foram dispensados por justa causa (art. 1º da Lei nº 8.878, de

- 1994 c/c o art. 4º-A do Decreto nº 5.115, de 2004, acrescido pelo art. 1º do Decreto nº 5.954, de 2006).
- 25 Não será restabelecida a condição de anistiado daqueles que tiverem aderido a programas de desligamento voluntário ou incentivado, salvo se restar comprovada a violação da autonomia da vontade do servidor ou empregado público na adesão a tais programas (art. 1º da Lei nº 8.878, de 1994 c/c o art. 4º-A do Decreto nº 5.115, de 2004, acrescido pelo art. 1º do Decreto nº 5.954, de 2006).
- 26 O retorno do anistiado dar-se-á no mesmo cargo ou emprego que ocupava antes do afastamento, ou naquele resultante da respectiva transformação, no caso de não ter havido extinção, liquidação ou privatização do órgão ou da entidade (art. 2º, caput e parágrafo único da Lei nº 8.878, de 1994).
- 27 O espírito da lei é recompor uma situação fático-jurídica interrompida por ato arbitrário, ilegal ou inconstitucional do gestor público. Não cuida a norma de promover um primeiro provimento do cargo. Logo, o enquadramento do anistiado no retorno, em face da necessidade de obediência à situação funcional de cada um, deve ocorrer na mesma classe, nível ou padrão em que se encontrava o servidor ou empregado quando do afastamento (art. 2º, caput e parágrafo único da Lei nº 8.878, de 1994).
- 28 Não é lícita a promoção do retorno de todos os servidores ou empregados de um mesmo órgão ou empresa, indistintamente, no nível inicial da carreira (art. 2º, caput e parágrafo único da Lei nº 8.878, de 1994).
- 29 No retorno a cargo ou emprego transformado, deve haver correspondência de atribuições, de grau de escolaridade exigido, de habilidades específicas e de níveis salariais (art. 2º, caput e parágrafo único da Lei nº 8.878, de 1994).
- 30 Tendo havido o reconhecimento da condição de anistiado, com fulcro no art. 1º, e permanecido na estrutura da administração pública o órgão ou entidade a que pertencia o servidor ou empregado, o retorno, cumpridos os demais requisitos legais, será assegurado, no mesmo cargo ou emprego ou naquele decorrente de sua transformação (art. 2º, caput, da Lei nº 8.878, de 1994).
- 31 Reconhecida a condição de anistiado e tendo sido o órgão a que pertencia o servidor ou empregado público extinto, liquidado

- ou privatizado, sem que suas atividades tenham sido ou estejam sendo transferidas, absorvidas ou executadas por outro órgão ou entidade, não será possível, à luz do art. 2º, caput e parágrafo único, seu retorno à administração pública federal (art. 2º, caput e parágrafo único da Lei nº 8.878, de 1994).
- 32 Hipótese diversa é aquela em que é reconhecida a condição de anistiado com base no art. 1º e o órgão a que pertencia o servidor ou empregado público tenha sido extinto, liquidado ou privatizado, porém, suas atividades foram transferidas, absorvidas ou executadas ou estão em curso de absorção e transferência para outro órgão ou entidade. Nessa situação é assegurado o retorno do anistiado, observados os demais requisitos da Lei de Anistia (art. 2º, caput e parágrafo único da Lei nº 8.878, de 1994).
- 33 O parágrafo único do art. 2º da Lei não é hipótese autônoma de reconhecimento da condição de anistiado, devendo ser analisado de forma combinada com o art. 1º da Lei de Anistia (art. 2º, parágrafo único c/c o art. 1º da Lei nº 8.878, de 1994).
- 34 Estará configurado o abandono dos motivos que deram ensejo aos atos de afastamento dos servidores ou empregados e caracterizada violação a dispositivos constitucionais e legais que regem a atuação da administração pública, e, portanto, reconhecida a anistia, por força do que dispõem os incisos I e II do art. 1º da Lei nº 8.878, de 1994, quando tiver havido a extinção, liquidação ou privatização de órgão ou entidade, porém, suas atividades tiverem sido ou estejam em vias de serem absorvidas, transferidas ou executadas por outros órgãos ou entidades (art. 2º, caput e parágrafo único c/c o art. 1º, I e II, da Lei nº 8.878, de 1994).
- 35 Na análise da assimilação das atribuições do órgão ou entidade, há que se aferir se o objeto social foi transferido ou absorvido por outro órgão ou entidade (art. 2º, parágrafo único da Lei nº 8.878, de 1994).
- 36 Nesse procedimento de análise da assimilação das atribuições de órgão ou entidade é essencial levar em consideração a sucessão legal e a sucessão de fato para definir qual é o órgão ou entidade legitimado para receber os anistiados (art. 2º, parágrafo único da Lei nº 8.878, de 1994).
- 37 Elemento essencial à análise da transferência ou absorção das atividades é a previsão legal ou regulamentar, por estar-se tratando

- de competências de órgãos ou entidades da administração (art. 2º, parágrafo único da Lei nº 8.878, de 1994).
- 38 Não há outra espécie de aferição possível da transferência ou absorção das atividades senão por intermédio da lei e dos regulamentos, ainda que a expressão “execução” da forma como posta no texto legal em análise – art. 2º, parágrafo único, “a” – passe a idéia errônea de possibilidade de identificação fundada em elementos meramente fáticos, simplesmente porque não há como executar algo que não esteja na esfera legal de competência do órgão ou entidade, sob pena de cometimento de ato de improbidade (art. 2º, parágrafo único, alínea “a” da Lei nº 8.878, de 1994 c/c o art.11, I da Lei nº 8.429, de 1992).
- 39 A expressão “estejam em curso de transferência ou de absorção” prevista na alínea “b” do parágrafo único do art. 2º da Lei de Anistia refere-se aos casos em que já foram iniciados estudos, projetos, análises, diagnósticos, levantamentos preliminares, enfim, qualquer iniciativa no âmbito do Governo tendente a promover a absorção ou transferência das competências dos órgãos extintos, privatizados ou liquidados para órgãos ou entidades já existentes ou a serem criados. Nessas hipóteses seria atraída a incidência da regra contida na alínea “b” (art. 2º, parágrafo único, alínea “b” da Lei nº 8.878, de 1994).
- 40 A regra contida na alínea “b” do parágrafo único do art. 2º da Lei de Anistia funciona como cláusula impeditiva de indeferimento do retorno do anistiado pelo fato de a transferência ou a absorção de atividades entre os órgãos e entidades não ter sido concluída. Contudo, o retorno somente se perfaz após a efetiva implementação da transferência ou da absorção (art. 2º, parágrafo único, alínea “b” da Lei nº 8.878, de 1994).
- 41 Na hipótese de as atribuições de um determinado órgão ou entidade serem absorvidas por mais de um órgão ou entidade, não cabe ao servidor ou empregado público optar para qual retornará. Trata-se de prerrogativa da administração, à luz do princípio da auto-organização previsto no texto constitucional (art. 2º, parágrafo único e art. 3º da Lei nº 8.878, de 1994, art. 84, VI da Constituição Federal e art. 5º do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 42 No que concerne à dimensão temporal da verificação da transferência de atividades, concluída ou em curso, é

- absolutamente razoável, constitucional e legal que a análise do disposto no parágrafo único do art. 2º, alíneas “a” e “b”, seja feita à luz da atual estrutura da administração federal, em face do protraiamento desarrazoado no tempo de todo o processo de concessão de anistias de que cuida a Lei nº 8.878, de 1994 (art. 2º, parágrafo único, alíneas “a” e “b” da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o § 1º, do Art.1º-A do Decreto nº 5.115, de 2004, acrescido pelo Art. 1º do Decreto nº 5.954, de 2006).
- 43 Não há condições objetivas de avançar, no atual momento, no âmbito administrativo, com a tese que admite a possibilidade de conversão de regimes, especialmente do celetista para o estatutário, quando há a “absorção transversal” de atribuições de que trata o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.878, de 1994, em face da inconsistência jurisprudencial, inexistência de registros doutrinários relevantes e escassez legislativa (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.878, de 1994 c/c o art. 2º, parágrafo único do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 44 Nesse sentido, deve prevalecer a jurisprudência e a orientação doutrinária predominante que apontam para a impossibilidade de conversão de regimes (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.878, de 1994 c/c o art. 2º, parágrafo único do Decreto nº 6.077, de 2007).
45. Havendo a absorção ou transferência de atividades antes desempenhadas por entidades por órgãos, autarquias ou fundações, prudente é que se adote o entendimento de que os empregados que eram regidos pela CLT nas entidades que foram extintas, liquidadas ou privatizadas integrarão, como celetistas, quadro especial em extinção, em face do disposto no inciso II do art. 37 da CF (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 46 O item 9, V, “a” da Orientação Normativa SRH/MP nº 01, de 2002, da SRH do MPOG que previa a possibilidade de conversão do regime celetista para estatutário deve ser alterado, consoante já havia assinalado a NOTA DECOR nº 76/2006-MMV (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 47 Será necessário, também, retificar os atos administrativos que concederam anistias com base no entendimento de que era

- possível a conversão de regimes – de celetista para estatutário –, para que no retorno dos anistiados seja preservado o regime jurídico da época do afastamento (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 48 Não é possível, no que concerne ao pleito específico dos presentes autos, de que aos anistiados, bacharéis em Direito, sejam aplicadas as regras de transposição de que tratam o art. 19-A da Lei nº 9.028, de 1995, na medida em que os mesmos não são ocupantes de cargos efetivos (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 49 Ainda quanto ao caso concreto tratado nos presentes autos, tampouco seria aplicada aos anistiados bacharéis em Direito a regra do art. 46 da MP nº 2.229-43, de 2001, visto que o Quadro Suplementar de que trata essa norma é composto por cargos efetivos (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 50 Ressalva-se, no âmbito dos presentes autos, o caso excepcional da servidora Maria Lenita Lopes de Andrade que obteve, por intermédio de decisão judicial ainda não transitada em julgado, o retorno como anistiada para cargo regido pela Lei nº 8.112, de 1990, enquanto essa decisão não for revertida (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 51 Além de serem preenchidos os requisitos estabelecidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.878, de 1994, hão de ser aferidas, ainda, por força do disposto no art. 3º do mesmo diploma legal, a necessidade e as disponibilidades financeiras e orçamentárias do Poder Executivo (art. 3º da Lei nº 8.878, de 1994).
- 52 As necessidades e disponibilidades orçamentárias e financeiras da administração deverão ser aferidas à luz das alterações promovidas pela EC nº 19/98 e pela Lei Complementar nº 101, de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 3º da Lei nº 8.878, de 1994; art. 4º do Decreto nº 5.954, de 2006; inciso IV do art. 3º do Decreto nº 6.077, de 2007; arts. 16, 17, 19 e 21 da Lei Complementar nº 101, de 2000; art. 169 da CF).
- 53 O retorno ao serviço do anistiado dar-se-á exclusivamente no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou naquele resultante

- da respectiva transformação, independentemente de vaga para o cargo ou emprego (art. 3º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o art. 3º, § 2º do Decreto nº 6.077, de 2007).
54. No caso de absorção das atribuições de órgão ou entidade extinta de que trata o parágrafo único do art. 2º da Lei de Anistia, em que não há a equivalência direta cargo/emprego - anistiado, a discussão sobre vagas deve ser decorrência da análise dos requisitos de necessidade e disponibilidades orçamentárias e financeiras, de que trata o art. 3º da Lei (art. 3º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o art. 3º, § 2º do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 55 Não há que se olvidar, ainda, da regra inserta no art. 4º da Lei de Anistia, que dispõe sobre o abatimento das vagas a serem ofertadas nos próximos concursos a serem promovidos pelo órgão ou entidade ao qual o anistiado retorne daquelas providas pela aplicação da Lei de Anistia (arts. 3º e 4º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o art. 3º, § 2º do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 56 A regra referente à existência de vaga deve ser interpretada em conjunto, também, com o disposto no caput do art. 5º do Decreto nº 6.077, de 2007, que possibilita ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no exercício de prerrogativa fixada em Lei - § 7º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 1990 – compor força de trabalho para atuar nas hipóteses descritas nos incisos do art. 5º, determinando a lotação ou exercício de empregado ou servidor em outro órgão ou entidade, independentemente de cargo em comissão ou função de confiança (art. 3º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o art. 3º, § 2º e art. 5º do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 57 Deve ser levada em consideração, na análise do critério de priorização de retorno dos afastados arbitrariamente, previsto no parágrafo único do art. 3º da Lei de Anistia, a condição sócio-econômica atual dos servidores e empregados a serem anistiados, de modo a privilegiar aqueles que estejam desempregados ou subempregados na data de hoje e não na data da publicação da lei, há treze anos (art. 3º, parágrafo único da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o § 3º do art. 3º do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 58 A norma - parágrafo único do art. 3º da Lei de Anistia - deve ser interpretada em busca de sua máxima efetividade. Assim, o objetivo do legislador ordinário, à época, que era privilegiar os mais

- necessitados no retorno ao serviço público, deve ser transportado para os dias de hoje (art. 3º, parágrafo único da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o § 3º do art. 3º do Decreto nº 6.077 de 2007).
- 59 A análise do art. 4º da Lei de Anistia evidencia o reconhecimento do legislador de que aqueles servidores ou empregados que retornam ao serviço público, cumpridos os requisitos estabelecidos na Lei nº 8.878, de 1994, eram e, com o retorno, continuam a ser, legítimos ocupantes de cargos efetivos e empregos permanentes no âmbito da administração pública federal (art. 4º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o inciso III do art. 5º do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 60 O art. 4º da Lei de Anistia determina a exclusão das vagas cupadas pelos anistiados quando for necessária a realização de concurso público para prover vagas nos órgãos ou entidades em que houve o retorno. (art. 4º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c o inciso III do art. 5º do Decreto nº 6.077, de 2007).
- 61 Com a edição do Decreto nº 5.115, de 24.06.2004, D.O.U. de 25.06.2004, foi instituída a Comissão Especial Interministerial - CEI, com o objetivo expresso em seu art. 1º de promover a revisão dos atos administrativos praticados pelas comissões criadas pelos Decretos nº 1.498 e 1.499, ambos de 1995, e pelo Decreto nº 3.363, de 2000. Essa é, ainda hoje, a competência da CEI, visto que o Decreto segue em vigor e a CEI encontra-se em funcionamento (art. 5º da Lei nº 8.878, de 1994).
- 62 Com o Decreto nº 5.115, de 2004, por força de seu art. 4º e, posteriormente, com a edição do Decreto nº 5.954, de 2006, que inseriu, por intermédio de seu art. 2º, inciso III ao art. 2º do Decreto nº 5.115, de 2004, ficou evidenciada a competência da CEI de tomar, ela própria, a decisão quanto ao reconhecimento da condição de anistiado (art. 5º da Lei nº 8.878, de 1994).
- 63 Os pedidos de anistia indeferidos durante o Governo Itamar Franco, não são objeto de revisão por parte da CEI (art. 5º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c os arts. 1º e 2º do Decreto nº 5.115, de 2004).
64. Os pedidos de anistia formulados em 1994 e pendentes de decisão serão objeto de análise da CEI, que poderá conceder ou negar a anistia, à luz deste parecer da AGU (art. 5º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c os arts. 1º e 2º do Decreto nº 5.115, de 2004).

65. Os pedidos de anistia deferidos durante o Governo Itamar Franco, sem ato de anulação pelo Governo FHC, estão fora do objeto de análise da CEI. Se houve ato de retorno do anistiado a questão está equacionada. Se não houve ato de retorno, o mesmo deverá ser promovido à luz do que dispõe o art. 3º da Lei nº 8.878, de 1994 (art. 5º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c os arts. 1º e 2º do Decreto nº 5.115, de 2004).
- 66 No caso de o servidor ou empregado ter obtido o reconhecimento da condição de anistiado e o órgão ou entidade ao qual retornaria foi extinto, há dois desdobramentos possíveis. Se as atribuições do órgão ou entidade extinta foram absorvidas, transferidas ou executadas por outro órgão ou entidade, o servidor ou empregado anistiado tem direito ao retorno, observado o disposto no art. 3º da Lei nº 8.878, de 1994. Se as atribuições não foram absorvidas, o anistiado não tem direito ao retorno (art. 5º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c os arts. 1º e 2º do Decreto nº 5.115, de 2004).
- 67 Os pedidos de anistia deferidos durante o Governo Itamar Franco, com ato de anulação pelo Governo FHC, são objeto de análise da CEI (art. 5º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c os arts. 1º e 2º do Decreto nº 5.115, de 2004).
- 68 Se a anulação foi revista e, portanto, mantida a anistia, estando pendente o ato de retorno, o caso será analisado à luz deste parecer da AGU. Se já tiver havido ato de retorno, o caso não será revisto pela CEI (art. 5º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c os arts. 1º e 2º do Decreto nº 5.115, de 2004).
- 69 Se a CEI tiver mantido a decisão adotada pelas Comissões durante o Governo FHC de anulação de anistia, não será reconhecida a condição de anistiado (art. 5º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c os arts. 1º e 2º do Decreto nº 5.115, de 2004).
- 70 Se não tiver havido ainda deliberação da CEI sobre os atos de anulação empreendidos pelas Comissões durante o Governo FHC, a matéria será apreciada à luz deste parecer da AGU. Revista a anulação, será mantida a anistia. Mantida a anulação, não há que se falar em anistia (art. 5º da Lei nº 8.878, de 1994, c/c os arts. 1º e 2º do Decreto nº 5.115, de 2004).
- 71 O art. 1º do Decreto nº 6.077/2007 promoveu alterações no Decreto nº 5.115, de 2004, com o intuito de centralizar no

- Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e não mais do Ministério ao qual está vinculado o servidor ou empregado anistiado, os procedimentos para efetivação do retorno daqueles que tiveram suas anistias deferidas pela CEI (art. 5º da Lei nº 8.878, de 1994).
- 72 Clara é a disposição do art. 6º da Lei de que a anistia só gera efeitos financeiros a partir do efetivo retorno ao serviço público. Não há que se falar em efeitos financeiros retroativos à data do afastamento do servidor ou empregado (art. 6º da Lei nº 8.878, de 1994).
73. Eventuais decisões judiciais que imponham o pagamento retroativo à data do afastamento devem ser objeto das medidas judiciais cabíveis a serem impetradas pelos órgãos competentes da Advocacia-Geral da União (art. 6º da Lei nº 8.878, de 1994).
- 74 As despesas referentes ao retorno do servidor ou empregado devem ser arcadas pelo órgão ou entidade ao qual o servidor se vinculará funcionalmente após o retorno (art. 7º da Lei nº 8.878, de 1994).
- 75 Não há que se confundir a centralização de procedimentos a cargo do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no que se refere ao retorno dos anistiados, por força do que dispõe o art. 1º do Decreto nº 6.077, de 2007, aos dispêndios a serem efetivados de que trata o art. 7º da Lei (art. 7º da Lei nº 8.878, de 1994).
- 76 Deve-se sublinhar a necessidade de compatibilizar a norma contida no art. 7º com aquela expressa no caput do art. 3º da Lei de Anistia que impõe a verificação da disponibilidade orçamentária e financeira, já à luz das normas constitucionais introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, e pela Lei Complementar nº 101, de 2000 (art. 7º da Lei nº 8.878, de 1994).
77. A norma contida no inciso V do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, não se aplica ao retorno dos anistiados, assim como o § 1º do art. 81 da Lei nº 8.713, de 1993, lei temporária, válida apenas para as eleições de 1994, de comando normativo similar, não se aplicava, posto que não se equipara o retorno nos três meses que antecedem às eleições, às novas nomeações, contratações ou admissões de servidores e empregados vedadas pela lei eleitoral, com o fito de impedir a ruptura da isonomia no processo eleitoral por conta do abuso do poder político (art. 8º da Lei nº 8.878, de 1994).

78 É equivocada a redação do art. 4º do Decreto nº 5.954, de 2006, na parte em que determina a aplicação do inciso V do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, ao retorno dos anistiados. Esse comando gera flagrante antinomia com a regra inserta no art. 8º da Lei de Anistia que pugna pelo afastamento da vedação contida na Lei eleitoral, posto que não há que se comparar o retorno dos anistiados a novas formas de admissão, contratação e nomeação de servidores (art. 8º da Lei nº 8.878, de 1994).

b) Recomendações

1. A análise a ser empreendida pela CEI deve ser efetuada caso a caso, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.
2. Caso haja decisão judicial transitada em julgado em sentido diverso das orientações contidas neste parecer, acaso aprovado pelo Advogado-Geral da União, a decisão deve ser cumprida até que se logre revertê-la com os instrumentos processuais disponíveis.
3. Da mesma sorte, havendo decisão judicial, ainda que não transitada em julgado, que determine a adoção de alguma medida com referência à Lei de Anistia, em contrariedade às orientações firmadas no âmbito do Poder Executivo, ela deve ser obedecida até que o competente recurso interposto pela AGU consiga reverter a decisão judicial.
4. Caso haja decisão judicial transitada em julgado que aponte ilegalidade em afastamento ocorrido em órgão ou entidade e reconheça o direito à anistia, essa decisão deve ser considerada pela CEI no julgamento administrativo de casos que possuam o mesmo fundamento.
5. A CEI não poder concluir pela anistia quando, para o caso concreto, já houver decisão judicial denegatória transitada em julgado por falta de amparo legal.
6. As decisões da CEI devem ser motivadas, individualizadas para cada caso e não podem se lastrear em fundamentações genéricas.
7. As decisões da CEI devem ser encaminhadas previamente à Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para que exerça a competência estatuída no inciso V do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993, - assistir o Ministro no controle interno da legalidade - antes de ser enviada ao

- Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, para fim de deferimento ou indeferimento do retorno dos servidores e empregados anistiados, em face do disposto no art. 1º do Decreto nº 6.077, de 2007.
- 8 Não compete, contudo, à CONJUR do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, rever as decisões adotadas pela CEI, pois tal procedimento se configura em supressão da competência estatuída no inciso III do art. 2º do Decreto nº 5.115, de 2004, com a redação conferida pelo art. 2º do Decreto nº 5.954, de 2006.
 9. Recomenda-se que um dos dois representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão com assento na CEI, ex vi do disposto no inciso I do art. 1º do Decreto nº 5.115, de 2004, seja da CONJUR/MPOG a fim de que possa identificar, ainda no âmbito dos trabalhos da CEI, qualquer problema quanto à legalidade das decisões, a bem da eficiência da atuação da administração pública, consoante o contido no caput do art. 37 da CF.
 - 10 Recomenda-se que a CEI seja permanentemente assessorada, tanto na instrução dos processos como na deliberação, por especialistas em Direito Constitucional, Administrativo e do Trabalho, para aferir se os afastamentos violaram a Constituição, as leis e ainda, no caso dos empregados regidos pela CLT, as convenções coletivas, os acordos coletivos e as sentenças normativas da justiça do Trabalho.
 - 11 Recomenda-se que os trabalhos da Comissão sejam permanentemente acompanhados por representantes da Procuradoria-Geral da República, do Ministério Público do Trabalho, do Tribunal de Contas da União e da Controladoria-Geral da União, sendo facultado a esses representantes manifestarem-se sobre os procedimentos.

V

CONSIDERAÇÕES FINAIS E ENCAMINHAMENTOS

- 56 Sr. Advogado-Geral, o presente parecer está sendo encaminhado à apreciação vinte dias após a audiência pública realizada na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, em 07.11.2007, em que V. Ex^a se comprometeu a apresentar o texto final elaborado no âmbito na AGU em quinze dias. Peço desculpas pelo atraso.

- 57 Registro, ainda, que o compromisso firmado com os representantes dos anistiados, com as autoridades do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Conjur, SRH e CEI) e da Casa Civil da Presidência da República (SAJ e SAG) de submeter o texto do parecer, antes de sua conclusão, ao crivo do debate e das críticas foi cumprido com a realização de reuniões nos dias 31.10.2007 e 14.11.2007, ambas na sala de reuniões do Conselho Superior da AGU, que contaram, ainda, com a participação de representantes da Procuradoria-Geral da União e da Secretaria-Geral do Contencioso.
- 58 Segue, em anexo, diagrama que tem por objetivo condensar, de forma esquemática, as orientações veiculadas neste parecer relacionadas às competências legalmente atribuídas à CEI, e assim, facilitar sua análise pelos interessados.
59. Encareço, caso o presente parecer seja aprovado por V. Ex^a, o encaminhamento de cópias, com a urgência que o caso requer, para:
- a) o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG;
 - b) o Consultor Jurídico do MPOG;
 - c) o Secretário de Recursos Humanos do MPOG, órgão central do Sistema de Pessoal Civil – SIPEC;
 - d) a Presidente da Comissão Especial Interministerial – CEI, no MPOG;
 - e) os representantes dos anistiados com assento na CEI, consoante o inciso V do art. 1º do Decreto nº 5.115, de 2004;
 - f) o Procurador-Geral da União;
 - g) a Secretária-Geral do Contencioso;
 - h) o Ouvidor-Geral da AGU;
 - i) o Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União;
 - j) a Presidente do Supremo Tribunal Federal;
 - k) o Presidente do Superior Tribunal de Justiça;
 - l) o Presidente da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça;
 - m) o Presidente da Câmara dos Deputados;
 - n) o Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados;

- o) o Presidente do Senado Federal;
 - p) o Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal;
 - q) o Presidente do Tribunal de Contas da União;
 - r) o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União;
 - s) o Procurador-Geral da República;
 - t) o Procurador-Geral do Trabalho.
- 60 Encareço, ainda, Sr. Advogado-Geral da União, seja o presente parecer disponibilizado, na íntegra, no sítio da Advocacia-Geral da União para que se lhe confira máxima publicidade, em face do significativo número de interessados.
- 61 Quero por fim, Sr. Advogado-Geral, registrar meu agradecimento ao espírito público e ânimo de colaboração demonstrados no debate e na busca pelo entendimento mais consentâneo da Lei nº 8.878, de 1994, com o ordenamento jurídico-constitucional do país pelos Advogados da União, Sérgio Tapety, Neleide Abila e Maria Margareth Veríssimo, todos integrantes do quadro de servidores da Consultoria-Geral da União, cujas contribuições foram imprescindíveis à conformação final deste parecer.

À consideração.

Brasília, 27 de novembro de 2007

Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior
Consultor-Geral da União

